This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

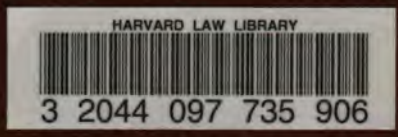
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

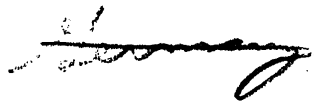
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 735 906

Bd. Feb. 1910.

HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 4 1909



Das Eigenthum

im

Conflicte mit den übrigen Gebilden

des Sachenrechts

und die

Actiones Arbitrariae

insbesondere.

Eine römisch-rechtliche Untersuchung

von

Theod. Gimmerthal.

Arnstadt,
Commissions-Verlag von Ferd. Gimmerthal.
1874.

DEC 4 1909

Vorwort.

Die nachfolgende Schrift enthält einen Versuch der Darstellung des Kampfes zwischen dem absoluten und relativem Rechte, wie er im römischen Formularprocesse in den Actiones Arbitrariae auf der Basis der Aequitas zum Austrag gelangte und damit zugleich weitere wichtige Belege für die Richtigkeit unsrer Grundauffassung von der Publicianischen Klage.

Auch diese unsre Grundidee der Actiones Arbitr. ist völlig neu und läßt Alles, was bisher die Autoritäten hierüber aufgestellt haben, höchstens als Nebenzwecke gelten, wenn nicht als bloße Mittel einer friedlichen d. h. ohne Condemnatio eintretenden Lösung jenes Conflicts vollständig in den Hintergrund treten.

Ebendeshalb ist freilich die Anrufung der Nachsicht aller gründlichen Kenner des römischen Rechts für den Verfasser dringend geboten, und dies um so mehr, als der vorzugsweise rechtsgeschichtliche Character der Arbeit, des Verfassers Mangel an literarischen Hülfsmitteln und dessen totale Beschränkung auf das eigne Urtheil ihm die eingehende Behandlung mancher Specialfragen sehr erschwert haben.

Und noch ein Umstand bereitet ihm in Bezug auf die durchschlagende Wirkung der entwickelten Gedanken ernste Bedenken, nämlich die in neuerer Zeit in unsrer Wissenschaft sich geltend machende Richtung, welche zwar das Ankämpfen gegen das übereinstimmende Urtheil der Autoritäten nicht verwirft, aber in der Sorge um die Festigkeit des Rechts und den heiligen Frieden der Praxis, gegenüber Neuerungen von hoher principieller Bedeutung sich doch mit etwas allzugroßer Kühle, ja mit fast gildenartiger Scheu verhält.

Eine energische und rücksichtslose Durchführung solcher Tendenz dürfte freilich nicht sowohl die Wahrheit des bekannten Göthe'schen Spruchs: „Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage“ auch bei umgekehrter Reihenfolge der vorangestellten Begriffe bestätigen, als die Wissenschaft geradezu zum Helfershelfer der Unvernunft und Lüge erniedrigen.

Der Verfasser.

Inhalt.

		Seite.
§. 1.	Einleitung	3
§. 2.	Die Quellen	5
§. 3.	Doktrin	9
§. 4.	Indicium und Arbitrium	15
§. 5.	Das quiritarische Eigenthum im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts	22
§. 6.	Die Formel: „Nisi Restituat“	35
§. 7.	Der Jussus de Restituendo vel Exhibendo	38
§. 8.	Die Formel: „Quanti ea res est“	40
§. 9.	Das Juramentum in Litem	42
§. 10.	Die einzelnen Actiones arbitrariae	49
§. 11.	Die Naturalrestitution	60
§. 12.	Heutige Anwendung	66

§. 1.

Einleitung.

Es muß einigermaßen befremden, daß das geschulte grübelnde Denken der Koryphäen unserer Wissenschaft auf dem Gebiete der römischen Rechtsgeschichte, welchem es vielfach gelungen ist, Urbild und Wesen selbst der winzigsten Rechtsgestaltungen auch der graueſten Vorzeit richtig zu erfassen und aus dämmerhaften spärlichen Reflexen verwandter und nichtverwandter Institute den vollen Glanz der Wahrheit für eine einzelne, der Aufklärung bedürftige Rechtsschöpfung zu entzünden, mit der Reconstruirung des Begriffs einer Klagengattung vollständig Fiasco gemacht hat, deren Einführung als besondere Klagengruppe mit eigenartigem Verfahren weder als bloße Ausgeburt einer geistlosen, Alles classificirenden und für jede Nüance besondere Normative schaffenden Schulweisheit, noch als rein practische Maßnahme mit dem ärmlichen zwerghaften Zwecke „der indirecten Beförderung der Naturalrestitution" sich darstellt, sondern auf eine Idee von der höchsten Bedeutung, nämlich der Lösung des Conflicts zwischen zwei Rechten von verschiedenem specifischen Gehalte, des nothwendigen richterlichen Ausgleichs zwischen Absolutem und Relativem beruht.

Den Gegenstand meiner Erörterungen bilden die actiones Arbitrariae und ich halte jene meine Verwunderung um so mehr für gerechtfertigt, als doch schon die einheitliche Entstehung der sämmtlichen Klagen, welche in der ex professo über dieses Genus handelnden Hauptstelle (§. 31. J. de act. IV, 6) aufgeführt stehen — es sind lediglich Schöpfungen des prätorischen Rechts — in Verbindung mit dem Umstande, daß nach dem definitiven Resultate der vollständig durchgeführten Klage dem renitenten Beklagten die Sache gegen Aestimation und Leistung des bloßen Sachwerths, des „quanti ea res est" überlassen bleibt, doch einen deutlichen Fingerzeig für das Vorhandensein eines stärkeren Rechts und zwar von civiler Natur auf Seiten des Beklagten abgiebt.

Sodann aber hätte doch das Hauptkriterium der in der angezogenen Gesetzesstelle gegebenen Begriffsbestimmung sicher nicht in einem Merkmale gefunden werden sollen, welches diese Klagen nicht im Geringsten von den bonae fidei judiciis unterscheidet. Unbedingt hätte man sich sagen müssen, daß das entscheidende Kriterium einer Gattung von Klagen, welches dieselben von ihrem Gegensatze, den stricti juris judiciis abhebt, für die Begriffsbestimmung einer dritten Klagenart als wesentliches und einziges unmöglich wiederholt worden sein könne.

Drei Dinge insbesondere sind es aber gewesen, durch deren principielle Hereinziehung in das Gebiet dieser Klagen man deren Umfange eine ganz ungebührliche Ausdehnung verschafft hat, von denen das eine dem Wesen der Gattung geradezu widerspricht, die beiden anderen aber wenigstens keine characteristischen Kriterien derselben abgeben können, nämlich der richterliche Restitutionsbefehl, das Jus jurandum in litem und seit Huschke, Zimmern und Savigny die Formel „Nisi Restituat.“ Und hauptsächlich Savigny's Auffassung, dieser vom Meister verbreiterten Spur sind alle Neueren gefolgt, ja haben diese Grenzen noch mehr aus einander gezogen[1]), so daß die jetzige Doctrin eine wahrhaft bunte Karte der heterogensten Klagen für die behandelte Gattung aufweiset:

Civile und prätorische in rem und in personam, stricti juris und bonae fidei, in jus und in factum, nicht blos Klagen des Eigenthümers gegen den Besitzer und umgekehrt des Besitzers gegen den Eigenthümer, sondern, wie die actio aquae pluviae arcendae[2]), selbst Klagen des Eigenthümers gegen den Eigenthümer.

Solch buntes Gemisch auf diesem Gebiete hat aber sicher nicht in Wirklichkeit existirt und wenn die größten Autoritäten sich hiefür aussprechen.

Bevor wir nun an unseren Versuch der Wiederauffindung des einheitlichen Principes jener Klagen näher herantreten, dürfte es sich empfehlen, neben einer nähern Relation und Prüfung der Ansichten der Wissenschaft auch die über Begriff, Formel und Tendenz dieser Klagen sich verbreitenden Hauptstellen voranzustellen.

---

[1]) So Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproc. Bd. II. §. 94 not. 54 und 56.

[2]) Derselbe, a. a. O. not. 54.

§. 2.

Die Quellen.

An Hauptſtellen hebt man unter Benutzung der vorhandenen Zuſammenſtellungen[1]) folgende hervor:

1) §. 31. J. J. de action IV, 6: „Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod (vi) aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet: in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici, ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat."
2) Cicero in Verrem II. c. 12. §. 30 u. 31. (Siehe unten.)
3) Gajus IV. §. 163: „Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit et ita absolvitur: quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur sed actor quoque sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quidquam oportet[2]), nisi calumniae judicium ei oppositum fuerit."
4) L. 18. pr. D. de dolo mal. IV, 3. (Paulus, liber. 11. ad Edict): „Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit: sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refre-

[1]) Vgl. insbeſ. Zimmern, Geſch. d. röm. Priv.-R. Bd. III. §. 76. not. c; Gneiſt, Syntagma ad §. 31. J. J. IV, 6, not. b.

[2]) Cod. Ver. „q. n. e. n. r. q. offert;" Alii malunt: „debet", „tenetur" vel similia.

nari. §. 1. Non tamer semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est: quid enim si manisfestum sit, restitui non posse veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit, ideoque protinus condemnari debeat in idquod intersit actoris."

5) L. 14. §. 3 i. f. und §. 4. D. quod metus causa IV, 2 (Ulpianus, lib. 11. ad Edictum): — quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. §. 4. Haec autem cum actio arbitraria sit, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patiatur."

6) L. 2. D. de eo, quod certo loce XIII, 4. (Ulpian, lib. 27 ad. Edictum):
„Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est: aut si actoris, majoris (pecuniae) fiat[3]).

Wegen Auswahl und Bedeutung dieser Stellen bemerkt man (mit Ausnahme zu[2]) hier nur kurz:

Der an die Spitze gestellte §. 31. J. cit. und Gajus IV. §. 163 behandeln diese Lehre ex professo und haben lediglich die Normalfälle vor Augen, jener für die Actiones, dieser für die Interdicte, während l. 18 D. cit. und l. 14 §. 3 in. fin. und §. 4. D. cit. unter Bestätigung der Regel Ausnahmen für den speciellen Punct der Litisaestimatio fixiren und l. 2. D. cit. die allgemeine Tendenz dieser letzteren normirt.

Dagegen macht sich schon hier eine nähere Erklärung der citirten Stelle des Cicero nothwendig, denn sie hauptsächlich hat zur Erzeugung der falschen Ansichten über Umfang und Tragweite dieser Klagen beigetragen.

Sie enthält nämlich nicht (blos), wie man bisher allgemein angenommen hat, (lediglich) die formula petitoria, die gar nicht arbiträr ist[4]), sondern (in ihr zugleich) die formula der arbiträren actio

---

[3]) Nicht hierher gehört dagegen die sonst allgemein wegen ihres Schlußsatzes angezogene l. 68 D. Rei Vindic. VI, 1. (Ulpian): denn dieser bezieht sich κατεξοχην auf alle dinglichen und persönlichen Klagen des Eigenthümers, die stets der arbiträren Eigenschaft entbehren. Vgl. unten §§. 5, 7, 10—12.

[4]) Siehe insbes. auch §. 4. 6 und 11.

Publiciana in ihrer Richtung gegen den quiritarischen Eigenthümer[5]) und lautet also:

§. 30. *Dubium nemini est, quin omnes, omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui judicia dant et eorum qui judicant, quin nemo vestrum possit, aedes suas, nemo fundum nemo bona patria obtinere, si, quum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus cui nemo intercedere possit det quem velit judicem, judex nequam et levis, quod praetor jusserit, judicet.*

§. 31. *Si vero illud quoque accedit, ut in ea verba praetor judicium det, ut vel L. Octavius Balbus judex, homo et juris et officii peritissimus, non possit aliter judicare, si judicium sit ejusmodi: L. Octavius Judex Esto: Si Paret, Fundum Cappennatem, Quo De Agitur, Ex Jure Quiritium P. Servilii Esse, Neque Is Fundus Q. Catulo Restituetur: „non necesse erit, L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat? Ejusdem modi totum jus praetorium —“*

Zweifelsohne behandelt Cicero in dem der Formel vorausgehenden §. 30 cit. überhaupt die prätorische Machtfülle bei der Prozeßentscheidung und insbesondere den Fall, wo zur Durchsetzung einer ungerechten Entscheidung ein „judex nequam et levis“ bestellt worden war, der natürlich stets dem Jussus des Praetors gemäß das Judicat absetzte.

Hierauf wendet er sich in §. 31 cit. zur Betrachtung des Falles, wo selbst ein rechtsverständiger und gewissenhafter Geschworener nicht umhin kann, als bei strictem Anhalt an die vom Praetor ertheilte Formel dem Beklagten Unrecht zuzufügen. Dieser Fall konnte nämlich eintreten, wenn die nämliche Formel der Geltendmachung verschiedener Rechtsverhältnisse diente.

Eine solche war nun die im §. 31 cit. reproducirte, denn sie paßt im Ganzen wie im Einzelnen bis auf den einen Parteinamen, nicht blos für die Actio Petitoria, sondern auch für die arbiträre Actio in rem Publiciana in ihrer Richtung gegen den quiritarischen Eigenthümer[6]). Das Eigenthums-Recht des Klägers, wenn über-

[5]) Gajus IV. §. 36 Relation der Formula, der Publiciana bezieht sich dagegen ausschließlich auf den Fall der Klagenstellung gegen Dritte. Vgl. Anm. 6 und §. 5.

[6]) Bethmann-Hollweg II §. 90 S. 239 not. 5. hält zwar den Gebrauch dieser Formel auch für das „in bonis esse“ nicht für wahrscheinlich, aber ohne

haupt von einem solchen dem quiritarischen Eigenthümer gegenüber die Rede sein kann[7]) (vgl. §. 5) gelangte bei letzterer Richtung der Formel weder besonders, noch in der Intentio selbst, sondern nur andeutungsweise in dem Zusatze zur Intentio „neque is fundus Q. Catulo restituetur", also nur in dem Namen des bonitarischen Eigenthümers zum Ausdruck, sodaß dem Judex zwar die Untersuchung des quiritarischen Rechts des Beklagten, aber nicht zugleich des klägerischen Rechts zur Pflicht gemacht war. Nothwendigerweise mußte derselbe daher selbst in dem Falle, wo die Beweisverhandlungen das plenum und utrumque dominium des Beklagten ergeben hatten, diesem die Restitution der petirten Sache aufgeben oder ihn zu einer Litis aestimatio condemniren.

Für den Ausschluß der actio petitoria in der speciellen Stelle spricht aber einmal der Umstand, daß nicht vom Wiedererlangen der „aedes", des „fundus", der „bona patria", sondern von der Schwierigkeit ihrer Behauptung und Festhaltung (obtinere) die Rede ist, und außerdem die Alternative des Schlußsatzes: „cogere fundum restituere aut condemnare," indem bei den Vindicationes, so lange die petirte Sache noch vorhanden war, lediglich die Naturalexecution stattfand, Condemnation aber unter dieser Voraussetzung nur in die Früchte omnemque causam. (Beweis §. 4 und 11.)

Diese Auffassung der höchst wichtigen Stelle harmonirt nun nicht blos mit dem Gedankengange überhaupt, sondern hat unter allen Umständen den Vorzug, daß sie, um einen vernünftigen Sinn zu erhalten, dem Cicero, der sich doch, wie auch Savigny (System

---

zutreffende Gründe. Dafür spricht insbesondere, daß die actio Publiciana zunächst nur zum Schutze des bon. fid. emtor gegen Dritte erfunden worden ist (vgl. meine Schrift über diese Klage §. 12 S. 58 und §. 5. Anm. 21 dieser Schrift). Da nun die zu diesem Zwecke gegebene Klagformel (Gajus IV, 36) schlechterdings nicht für die Klage in ihrer Richtung gegen den quiritarischen Eigenthümer paßte, so trat die Nothwendigkeit zur Bildung einer weiteren Formel hervor. Was war aber natürlicher, als daß man zu diesem Behufe die für die Verfolgung der anderen Art Eigenthum bereits gegebene, also die der Petitoria benutzte und mit kurzen Strichen passend machte? sodaß die Verschiedenheit von der letztern lediglich in dem Namen des Restitutionsberechtigten in die Erscheinung trat.

[7]) Vgl. Gajus I, 54, 35, 167; II, 41 und 48; III, 166; Theophilus ad Inst. I, 5. wo nur von dem dominium ex jure Quiritium, nirgends aber von einem eigentlichen Rechte des sogen. bonitarischen Eigenthümers die Rede ist, sondern nur vom „in bonis esse" oder „habere." Der Ausdruck „dominus bonitarius" aber rührt erst von Theophilus (I, 5 §. 4) her.

§. 209, S. 30 not. c.) meint, über die schreiende Ungerechtigkeit dieser Formel ausläßt, nicht imputirt, er habe im Interesse des Verres absichtlich den Fehler (in Betreff des Namens) in die Formel hineingebracht![8])

§. 3.

Doktrin.

Welche Auffassung hat nun die Wissenschaft aus diesen Stellen sich zurechtgelegt und angeeignet? Den meisten Schriftstellern, wenn nicht allen, ist es ergangen, wie dem Famulus Wagner mit dem Pudel des Faust: sie haben diese Klagen für etwas sehr Gewöhnliches und kaum für etwas Anderes, als eine von der Scholastik oder der Praxis gezeugte Spielart der bon. fid. Judicia gehalten. Das große Rechtsprincip, auf dem sie beruhen, haben sie nicht wahrgenommen, an die ungeheure Kluft, die sie von den Klagenarten der bon fidei und der stricti juris actiones trennt, nicht im Entferntesten gedacht.

Die ältern Schriftsteller beziehen das Arbitrium judicis lediglich auf die Condemnatio und legen der actio arbitraria zweierlei Bedeutungen bei. Zuweilen verstehen sie darunter eine Klage, wo der Richter den Beklagten, wenn er der Sentenz nicht gutwillig Folge leistet, härter verurtheilen kann (auf das Vierfache oder durch Zulassung des Jusjurandum in Litem), zuweilen aber auch Klagen, wo es ganz allein vom Ermessen des Richters abhänge, auf wie hoch er die Partei condemniren wolle. So insbesondere Frommann[1]) und Höpfner.[2])

Für letztere Art vermögen sich diese Schriftsteller nur auf eine einzige Klage, nämlich die actio de eo, quod certo loco zu beziehen. Diese Singularität schon deutet auf das Künstliche und Gewagte einer Unterscheidung. Sodann aber enthält doch das Arbitrium judicis bei der, der Condemnatio vorausgehenden, Abschätzung der Sache kein eigenartiges Kriterium dieser Klagen, sondern eine solche pro-

---

[8]) So in der That Zimmern, R. G. 5. 65, S. 197. not. 2 vgl. auch von Savigny V. §. 209 S. 30 und Bethmann-Hollweg II. §. 90 S. 230 not. 3.

[1]) De arbitrariarum actionum natura. Tübing 1683.

[2]) Comment. §. 1133. S. 1105.

cessuale Einrichtung, die sie mit allen actiones incerti theilen. Endlich aber ist — was insbesondere die actio de eo, quod certo loco betrifft — das Arbitrium gar nicht frei, oder nur an die Grundsätze der Aequitas gebunden, sondern es hat dasselbe eine unabstreifbare Fessel und positive Schranke an der nothwendigen Ermittelung der Differenz zwischen den Preisen der Waaren an den verschiedenen Orten.

Die erste Auffassung aber ist eine rein äußerliche, die jedes höhern Rechtsgedankens entbehrt. Sie knüpft das Eigenthümliche dieser Klagen an eine Poena, die auch bei andern Klagen und Klagenarten eintreten kann[3]) und verleiht einem bei wenigen act. arb. allerdings möglichen außerordentlichem[4]) Vorkommnisse die ganze materielle Bedeutung der Klagengattung.

Aehnliche rein äußerliche Auffassungen sind:

a) die von Durοi[5]), welcher die Entstehung der act. arb. ebenso wie der (andern) actiones rei persecutoriae, poenales, actiones in simplum, in triplum, in quadr. conceptae, act. bon. fid. und stricti jur. von der Condemnatio und deren Verschiedenheit entnimmt.

b) von Tigerström[6]), welcher den Ausdruck act. arb. nur für eine allgemeine Bezeichnung aller derjenigen Klagen erklärt, welche nicht bon. fid. oder stricti juris seien.

Ebenso, aber mehr von der innern Seite, greifen Gans[7]), Hefftер[8]) und Marezoll[9]) die Sache an; sie erheben die Verweisung des Richters auf das Bonum und Aequum zum Urgrunde des Gattungsbegriffs dieser Klagen, machen also dieselben gewissermaßen zu einer Unterart der bon. fid. judicia, oder wie Marezoll sagt, zu besonders modificirten bon. fid. jud. Letzterer hält aber auch

[3]) Vgl. l. 5, l. 5 §. 4. D. de litem jur. XII, 3 (Marcianus); l. 3 §. 2 D. comod. XIII, 6 (Ulpian); l. 48 §. 1 D. loc. XIX, 2 (Marcellus); l. 8 §. 1 D. rer. amot. XXV, 2 (Pomponius); l. 25 §. 1. D. sol. matr. XXIV, 3 (Paulus).

[4]) L. 14 §. 3 D. quod met. causa IV, 2 (Ulpian); l. 18 D. de dolo mal. IV, 3. (Paulus), wo die erwähnten poenae nicht schon als Folge desjenigen dolus, oder derj. metus, die das den Gegenstand der Klage bildende Rechtsgeschäft veranlaßt haben, sondern beider und einer nach dem ersten Erkenntnisse noch hinzugetretenen contumacia zu erklären sind.

[5]) Archiv f. civil. Prax. Bd. VI, S. 407.

[6]) De judic. apud Romanos pag. 153 sq.

[7]) Oblig. R. S. 160—165.

[8]) Ad. Gajum pag. 84.

[9]) Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. X. S. 310.

wieder gleich Vinnius[10]) die act. arb. für besonders modificirte strict. jur. judicia.

Allen diesen Auffassungen widerstrebt nicht blos die ganze äußere Anordnung der Institutionenstellen §. 28—32 (IV, 6), sondern insbesondere die Undenkbarkeit, daß im §. 31 cit. der vorige Begriff der bon. fid. und strict. jur. act. unter einem neuen Namen und ohne ausdrücklichen Hinweis auf die besondern Abweichungen von dem gemeinsamen genus nur wiederholt sein sollte: dann wäre es sicher auch einfacher gewesen, die act. arb. gleich im §. 28 cit. neben den zwei ersten Gliedern zu nennen.[11])

Endlich befindet sich unter den von Justinian im §. 31 cit. als Beispielen gegebenen Arbiträrklagen kaum eine einzige, die zu jenen beiden Klagengattungen gehört.

Der Rückschlag blieb bei dieser das Eigenthümliche unserer Klageart total verwischenden Ansicht nicht aus. Wiederum entnahm Zimmern[12]) das Characteristische der act. arb. rein äußerlich aus der Fassung der Condemnation, in welcher dem Richter die Vollmacht gegeben sei, vor der Verurtheilung einen Befehl! (auf Befriedigung des Gläubigers) zu erlassen und erst bei unterbliebener Folgeleistung auf das id quod interest? zu condemniren.

Puchta[13]) verlieh weiter diesem jussus de restituendo den Character eines Vergleichsversuchs und Savigny[14]) auf dieser Bahn weiter gehend und den von Huschke[15]) in der Sigle N. R. entdeckten Zusatz der Formeln mancher Klagen: „Nisi restituat" (nisi exhibeat) zum eigenthümlichen Erkennungszeichen der act. arb. stempelnd, hat nun deren Grundgedanken in die indirecte Beförderung der Naturalrestitution gesetzt und also motivirt: Von der Eigenthümlichkeit des alten Prozesses, wonach kein Richter anders als auf Zahlung einer Geldsumme habe verurtheilen dürfen, sei es nur eine seltsame und ungerechte Folge gewesen, daß ein hartnäckiger Beklagter den Kläger stets zur Abtretung der diesem gebührenden Sache gegen baares Geld habe nöthigen können. Diese Folge hätte nun durch das Bemühen des arbiter, auf die freiwillige Naturalrestitution hinzuwirken, abgewendet werden sollen und lediglich zur bessern Realisirung dieses

[10]) Ad. §. 31 J. de act. n. 6.
[11]) Savigny System V. S. 120.
[12]) A. a. O. §. 67. S. 205 fg.
[13]) Gerichtl. Klagen §. 22 S. 55.
[14]) A. a. O. S. 121 fg.
[15]) Studien, S. 316.

Zwecks habe man ihm das indirecte Zwangsmittel einer härtern Condemnation gegeben.

Allein, von andern Bedenken ganz abgesehen (vgl. unten §. 11), liegt zunächst bei Savigny ein großer Irrthum in Betreff der Parteirollen insofern vor, als er sich den Kläger regelmäßig als den Eigenthümer, den Beklagten aber als einen zur possessio völlig Unberechtigten denkt[16]). Ferner geht seiner Motivirung die Wahrheit ihrer Hauptvoraussetzungen ab, nämlich daß der Richter in allen Prozessen nicht auf die Sache selbst, sondern nur auf eine Geldsumme habe erkennen dürfen (Gegenbeweis §. 11), sowie daß ein hartnäckiger Beklagter den Kläger stets zur Abtretung seines Eigenthums gegen baar Geld habe nöthigen können[17]). Endlich ist die ganze Auffassung nur von Außen hereingetragen und nicht auf Grundlage der eigenartigen Entstehung und Natur derjenigen Rechte gewonnen, welche mittelst der in der Institutionenstelle als arbiträr aufgeführten Klagen verfolgt werden.

Bethmann-Hollweg[18]) definirt die act. arb. kurzweg als solche, die von dem freien Ermessen des Judex abhängen und nichts anders als die übrigen unter den act. bon. fid. nicht begriffenen freien Klagen seien. Zur Zeit der Legis Actiones habe man dieselben Fälle mittelst einer judicis Postulatio verhandelt. Diese Ansicht ist wohl als eine durchweg falsche zu bezeichnen.

Zunächst ersieht man aus seiner weitern Darstellung, daß das freie Ermessen des judex nicht in extensivem, sondern nur in restrictivem Sinne zu nehmen sei, „nicht in demselben Umfange, wie bei den übrigen Actionen wären die Grundsätze der Aequitas bei ihnen zur Anwendung gekommen, sondern nach Maßgabe des Arbitrium in der Formula nur in Bezug auf die Leistung und zwar nicht rücksichtlich ihrer in der Intentio ausgesprochenen Bedingungen, sondern rücksichtlich des Objects derselben.“ Aus diesem Grunde seien ins-

[16]) A. a. O. S. 122 not. c.

[17]) Die von ihm angezogenen l. 69 und l. 70. D. de Rei Vind. VI, 1, welche von den Compilatoren mit Recht hinter die l. 68 D. cit. gestellt worden sind, erörtert Ziebarth, die Realexecution und die Miethe S. 69 fg. unter weiterer Bezugnahme auf l. 46. D. cit., l. 1. D. pro emt. XLI, 4 u. l. 3. D. cod. ganz gut dahin: „dem Besitzer kann der Eigenthümer die Sache wegnehmen oder wegnehmen lassen und thut er es nicht, sondern läßt es auf die Verurtheilung in Geld ankommen, so hat das den Charakter des Vergleichs, des Verkaufs; wer ihm dagegen durch dolus diese Wahl entzieht, muß ihn voll entschädigen und erhält doch kein Recht auf die Sache.“

[18]) Der röm. Civilproc. II. §. 94. S. 287.

beſondere auch Einreden nur in beſchränkter Anzahl bei ihnen zugelaſſen worden."

Allein abgeſehen davon, daß das geringere Quantum freien Ermeſſens, welches dem Richter alſo lediglich für die Abſchätzung des Objects der Klage zukommen ſoll, und welche in der That eine poſitive Schranke an dem „secundum naturam cujusque rei" erhalten hat, zur Erklärung jener Klagenart kaum zureichen dürfte, ſo exiſtirt doch ſicher überhaupt kein Fall richterlicher Abſchätzung, der innerhalb poſitiv gegebener Grenzen nicht nach den Grundſätzen des bonum und aequum erfolgen müßte[19]). Von den als arbitria von Bethmann-Hollweg[20]) aufgeführten actiones per judicis postulationem aber iſt auch nicht eine einzige in dem Klagenverzeichniſſe des §. 31. cit. wiederzufinden[21]).

Keller[22]) erblickt das Characteriſtiſche der act. arb. in der Verbindung von Judicium und Arbitrium und denkt ſich das Verhältniß ſo, „daß erſt (Judicium) Erörterung und Ausſpruch (Pronuntiatio) über das ſtreitige Recht ſeiner Exiſtenz nach geſchehen, dann aber (Arbitrium) auf Grundlage dieſer Pronuntiatio zunächſt das restituere mit ſeinem concreten Objecte in quali et quanto ermittelt und dem Beklagten aufgegeben und endlich, ſo weit dieſem Anſinnen nicht genügt würde, die Abſchätzung und Condemnation in Geld eintreten ſollte."

Auch dieſe Anſicht hat m. E. nicht minder große Bedenken. Zunächſt bildet nicht lediglich das ſtreitige Recht des Klägers den Gegenſtand der Intentio bei den act. arb., ſondern es ſtehen ſich hier Rechte verſchiedener Art gegenüber, von denen das Recht des Klägers gegenüber dem des Beklagten noch dazu als das ſchwächere erſcheint. Ferner bildet das Restituere zwar eine mögliche Folge des Arbitrium, aber keineswegs das Object eines damit der Regel nach gar nicht verbundenen Jussus. (Beweis §. 7.) Endlich aber iſt die Condemnatio überhaupt niemals in einem Arbitrium, ſondern ſtets nur in einem Judicium erfolgt (Beweis: §. 4).

Rudorff[23]) hält gleich Keller die act. arb. nur für eine Formel,

[19]) Vgl. insbeſondere auch l. 35 D. mand. XVII, 1. (Neratius; l. 3. D. de cond. tritic. XIII, 3. (Ulpian); l. 4. D. eod. (Gajus).

[20]) Der röm. Civilproc. I. §. 24. S. 63 und §. 48 S. 173.

[21]) Er nennt: die actiones familiae, erciscundae und finium regundorum, fiduciae, dotis, tutelae, aquae pluviae arcendae, de pauperie, de pastu, de rupitiis saciiendis und viae rejectae.

[22]) Der röm. Civilproc. und die Actiones §. 28 S. 109. (2. Aufl.)

[23]) Röm. Rechtsgeſch. II. §. 42 S. 152. (u. §. 28 S. 93).

welche aus einem Judicium in der Intentio und einem Arbitrium in der Condemnatio zusammengesetzt ist und läßt sich über deren sonstige Bedeutung nicht weiter aus.

Schröter[24]) und Wetzell[25]) endlich kommen wieder auf den alten Gesichtspunct zurück und erblicken in der act. arb. eine Art Pönalklage[26]); „die poena bestehe in der Abschätzung des klägerischen Interesse durch das juramentum in litem." Von Wetzells neuen Belegstellen (l. i. D. de in lit. jur. XII. 3 (Ulpian) und l. 60 §. 1. D. ad. leg. Falcid XXXV, 2. (Javolenus) bezieht sich die erstere lediglich auf die Fälle einer besondern contumacia des Beklagten, die zweite aber spricht ebenfalls nichts weiter aus, als daß das juramentum in litem als eine poena des dolus aufzufassen sei, keine enthält einen directen Bezug auf unsre Klagenart.

Alle Schriftsteller suchen die Verbindung zwischen den einzelnen act. arb. rein äußerlich in dem Restituere oder Exhibere, kein einziger behandelt die Idee, ob nicht ein höheres geistiges Band vorhanden sei und solches vielleicht in der besonderen eigenartigen Natur der Rechte liege, welche den Gegenstand dieser Klage bilden.

Zwar kann die Gemeinsamkeit jener äußeren Erscheinung nicht geleugnet werden, allein wie viele Klagen gehen auf Naturalrestitution oder Exhibition und sind dennoch nicht arbiträr. Ich verweise hier insbesondere außer auf die nur höchst einzelne hieher gezogene actio commodati[27]) auf die prätorische rein reipersecutorische[28]) actio de recepto und die actio in publicanos[29]), deren arbiträre Natur noch von Niemandem behauptet worden ist.

Wenn wir es nun versuchen, nach jener Richtung hin den Entstehungsgrund der arbiträren Behandlung gewisser Klagen zu verfolgen und dabei dennoch wieder von rein processualen Dingen ausgehen, so findet diese Operation ihre genügende Rechtfertigung in dem nothwendigen Anschluß an die Legaldefinition des §. 31. J. cit. Diese aber bestimmt diese Klagen nur nach dem proceßrechtlichen Momente des Arbitrium judicis.

---

[24]) Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd. VII. S. 356—413.

[25]) System des Civilproc. Bd. I. §. 28. S. 180 (1. Aufl.)

[26]) Vgl. übrigens auch Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 227.

[27]) Zimmern, a. a. O. Seite 212 bezieht sich mit Unrecht hiefür auf Keller, Seite 171, deutet auch seine eigenen Bedenken durch ein „wohl" an; Bethmann-Hollweg und Rudorff erwähnen sie schlechterdings nicht.

[28]) L. 3 §. 4. D. nant. caup. IV. 9. (Ulpian).

[29]) L. 1., l. 5. pr. D. de public. XXXIX., 4. (Ulpian et Gajus).

§. 4.

Judicium und Arbitrium.

Das klägliche Scheitern aller Verſuche, den Begriff und das charakteriſtiſche Merkmal der act. arb. aus der Auffaſſung von Arbitrium, als dem freien Ermeſſen des Richters zu gewinnen, mag man letzteres im engern oder weitern Sinne nehmen, blos auf die Restitutio oder blos auf die Condemnatio beziehen, hat der eben behandelte §. wohl zur Genüge dargelegt. Folglich iſt ein Verſuch, jenen Begriff aus einer andern Bedeutung des betr. Wortes zu reconſtruiren, nunmehr wohl berechtigt, da auch der Möglichkeit, letzteres hier gewiſſermaßen für einen canis a non canendo zu erklären der Schlußſatz des §. 31. J. cit. entſchieden widerſpricht. Dagegen deutet dieſe Stelle auf die hier Platz greifende Wortbedeutung in der weiteren Begriffsbeſtimmung inſofern hin, als nach dem Passus: „in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat — condemnari debeat“ die Condemnation dem Arbitrium offenbar gegenübergeſtellt erſcheint.

Beſtand aber nun in Betreff der Urtheile nicht wenigſtens ein Gegenſatz zwiſchen Judicium und Arbitrium? So unzweifelhaft dieſe rechtliche Thatſache iſt, um ſo ſtreitiger erſcheint noch heute die Frage: Worauf bezog und worin äußerte ſich dieſer Gegenſatz? Vergleichen wir hierüber die Quellen. Es ſind hier beſonders anzuführen:

Cicero pro Roscio Comoedo c. 5: „Aliud est judicium, aliud arbitrium . . . . Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: Si paret H. S. I ooo dari oportere . . . . Quid est in arbitrio? mite, moderatum: Quantum aequius et melius id dari.“

und

Seneca de benefic. III, 7: Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, et certos quod non excedat terminos ponit; hujus libera, et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adjicere . . . . ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit.“

Erſtere Stelle weiſet zur Charakteriſtik beider proceſſualer Erſcheinungen nur auf die verſchiedene Faſſung der Intentio, als

äußerem Merkmale und bloßem Erkennungszeichen für die freiere oder beschränktere Macht des „judex arbiterve“ hin.

Dagegen liegen nach der Stelle des Seneca die Unterschiede zwischen judicium und arbitrium ebensowohl in den Personen der Urtheiler als in der auch vorangestellten Formel.

Die Worte: „illum includit formula“ dürften kaum zweifelhaft sein, denn der Gedanke, daß der arbiter überhaupt ohne Formel, nach welcher er das Recht der Parteien zu finden gehabt, bestellt worden sei, muß selbstverständlich ausgeschlossen bleiben[1]). Also steht „includit“ ganz offenbar für „angustat“, determinat und nun kann gegenüber dem Passus: „et detrahere aliquid potest et adjicere“ kein Zweifel herrschen, daß Seneca das Essentiale des Iudicium in der den Judex treffenden Verpflichtung, eine der certa intentio genau entsprechende Condemnatio eintreten zu lassen, das Essentiale des Arbitrium dagegen in der (bei der intentio incerta seu in bonum et aequum concepta) freieren Macht des judex bei der Condemnatio erblickt, wobei hervorgehoben werden muß, daß die betr. Unterschiede zunächst nur an actiones in personam dargelegt werden. Auf das andere „genus actionum“ dagegen, nämlich die actiones in rem wird in dem Ausspruche beider Schriftsteller nicht ausdrücklich hingewiesen. Weshalb? M. E. nur, weil diese sämmtlich zu den arbitriis gehörten, die arbitria im engeren Sinne des Wortes bildeten.

Sie waren bekanntlich nach einer ihnen ganz eigenthümlichen Formel (Si paret Hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse: (Gajus, IV. 41 und 45) concipirt und hatten vor den meisten übrigen actiones die weitere Besonderheit voraus, daß bei ihnen eine Condemnatio im ersten Erkenntnisse (wegen der Hauptsache) überhaupt nicht Statt fand[2]).

In diesem Ausschlusse der Condemnatio beim **ersten** richterlichen Erkenntnisse lag vorzugsweise dasjenige Moment, welches die Eigenthumsklagen, die eigentlichen arbitria näher mit den act. arbitr. verband, so daß ihre in dieser Beziehung wesentlich gleiche

---

[1]) Gajus IV §. 163; Ulpian fragm. rec. rep. 8. (Endlicher).

[2]) L. 35 §. 1. D. de Rei Vindic. VI, 1. (Paulus): — judex sententia declaravit, rem meam esse; l. 8 §. 4. D. si serv. vindic. VIII, 5. (Ulpian); l. 15, l. 30 §. 1 D. de exc rei judic. XLIV, 2. (Gajus); l. 40 §. 2. D. de procur. III. 3 (Ulpian); l. 35 D. de act. empti XIX, 1. (Idem); l. 31. D. de pignor. XX, 1 (Scaerola) und l. 6. §. 2 D. de conf. XLII, 1. (Ulpian).

Behandlung selbst in der Aehnlichkeit des Namens der letzteren einen besondern Ausdruck erhielt.

Ein großer Irrthum der herrschenden Meinung ist aber die Annahme, daß die Vindicationes zu den act. arbitr. gehört und in dieser Beschränkung arbitria und arbitrariae actiones nur verschiedene Bezeichnungen des nämlichen Begriffs gebildet hätten, jene standen vielmehr in anderer Beziehung wieder im geraden Gegensatze zu diesen.

Eine Verschiedenheit der Behandlung beider Klagenarten war zunächst die daß dort (bei den Eigenthumsklagen) die erste Sentenz auf den Ausspruch über das Eigenthum (pronuntiatio, rem ex jure Quiritium meam esse) sich beschränkte, daran sich aber im Falle der Nichtbeachtung[3]) ein besonderer Jussus de Restituendo anschloß, während bei den act. arbitr. in der ersten Sentenz (neben der Anerkennung des dinglichen Rechts u. s. w.) der Ausspruch, daß die petirte Sache zu restituiren, zu exhibiren sei, alsbald erfolgte[4]).

Der technische Ausdruck aber für das erste Erkenntniß (über Rechtsfrage und resp. Restitution) war ebenfalls „Arbitrium".

Ein weiterer Unterschied der Vindicationes und der Act. arbitr. lag darin, daß bei jenen an die Pronuntiatio arbitrii und den Jussus de restituendo bei dessen Nichtbeachtung die Realexecution in die Hauptsache unter gleichzeitiger Geldcondemnation und Execution in die Früchte omnemque causam eintrat.

Hatte erstere wegen dolus des Beklagten keinen Erfolg, so kam nun auch Abschätzung der Hauptsache selbst und zwar durch den Kläger, nicht durch den Geschwornen hinzu. Lag kein dolus der Nichtrestitution zum Grunde, so erfolgte bloße Abschätzung per judicem und Einziehung dieses Betrags[6]).

Bei den act. arbitr. dagegen fand, sofern der im ersten Erkenntnisse ausgesprochenen Restitutionspflicht des Beklagten in einer ge-

---

[3]) Daß der Jussus de Restituendo nicht etwa ein Stück des Erkenntnisses selbst bildete, kann mit ziemlicher Sicherheit aus den Einleitungsworten der l. 68 D. de R. V. VI. 1. (Ulpian), die lediglich die Normen für das Executionsverfahren bei der Rei Vindicatio aufstellt, geschlossen werden.

[4]) §. 31. J. cit; Gajus. IV. §. 163.

[5]) Arbitrium u. Jussus de Restit. fanden stets nur in Betreff der Hauptsache Statt; vgl. insbesondere noch l. 13 §. 9 D. XLI, 2. (Ulpian).

[6]) L. 68 D. cit. u. l. 35. §. 1. D. eod. (Ulpian u. Paulus)

wissen Frist[7]) nicht genügt wurde, oder nicht genügt werden konnte, in einer Art Nachklage[8]) nur Geldcondemnation und zwar gleichzeitig wegen Haupt- und Nebensachen Statt.

Was nun den Beweis der neuen Behauptungen zunächst in Betreff der actio petitoria betrifft, so heben wir unter Rückbezug auf die Stellen in Anm. 2 sowie unter Hinweis auf §. 11. dieser Abhandlung hier noch folgende Momente hervor:

1) Die Relation des Gajus (IV. §. 92) über die specielle Klagformel der Petitoria enthält keine Condemnatio; dieser Umstand legt die Folgerung nahe, daß die von demselben Juristen (IV. §. 51) mitgetheilte Condemnationsformel für alle dinglichen Klagen (also die Vindicationes, wie die Act. arbitr.) nur die für die zweite eventuelle Entscheidung gegebene ist.

2) Gajus IV. §. 44: *„certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, quae quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures.“* Will man hier „sicut“ nicht wörtlich nehmen, so rechtfertigt sich nur die Auffassung non exempli gratia. Das „aliquando“ aber weiset so allem Vermuthen nach nicht blos auf die Fälle hin, wo die Condemnatio absolut ausgeschlossen blieb, nämlich bei den Praejudiciis (de statu ant de facto), sondern auch auf die eventuellen Fälle bei den Vindicationes und den Act. arbitr.

3) Aus Gajus IV. §. 48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, mancipium, vestem — mutatum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat“* — der Hauptstütze der herrschenden Meinung — geht nicht etwa hervor, daß die Condemnatio auch bei jeder Petitoria im Falle des Unterliegens des Beklagten vorkomme, sondern es befaßt sich diese Stelle lediglich mit der nähern Characterisirung des Inhalts der Condemnatio, diese sei keine Verurtheilung in die Sache, sondern ebenfalls eine solche zu Geld.

Sehr bezeichnend ist bei dieser Auffassung auch der mit „sed“ eingeleitete Schlußsatz, welcher sich in keiner Weise über das erste Er-

[7]) L. 6. §. 2 D. de conf. XLII., 2. (Ulpian); l. 14 §. 4. D. quod. met. causa IV, 2 (Idem).

[8]) L. 9. §. 6 D. h. t.; l. 14. §. 3. in fin. D. eod. (Ulpian).

kenntniß ausläßt, sondern sich eng an den vorigen Gedanken „non ipsam rem condemnat“ anschließt.

Für die behauptete Bedeutung von „Arbitrium“ aber, als dem ersten Erkenntnisse nehme ich auf folgende Stellen und Beweismomente Bezug:

1. L. 18 §. 1. D. de dolo mal. IV, 3. (Paulus):

Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est: quidenim, si manifestum est, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus, defunctus sit, ideoque protinus condemnari debeat, in id, quod intersit actoris.“

Der Gegensatz zwischen „arbitrium“ und „condemnatio“ liegt hier klar vor. Indem nun aber Paulus von einer Pflicht (debeat) des judex zu sofortiger Condemnation bei nicht möglicher Restitution spricht, könnte man bei der gegnerischen Auffassung von arbitrium, als dem freien, lediglich durch das Princip der Zweckmäßigkeit regulirten Ermessen des judex zu dem Rückschlusse gelangen, daß in dem regelmäßigen Falle, wo der Beklagte sich in der Lage befunden habe, zu restituiren, dem Geschwornen die Wahl zwischen arbitrium (bloßer Vorschlag der Restitution) und condemnatio zugestanden haben müsse. Eine solche Wahl kam ihm aber sicher nicht zu[9]), sondern er hatte im letzteren Falle stets eben zunächst eine Entscheidung zu fällen, welche nach Aufnahme der Beweise die Verpflichtung des Beklagten zur Restitution aussprach. Nur in diesem Sinne sind die Worte: „Non tamen semper — arbitrio judicis dandum est“ zu nehmen. Bei der gegnerischen Auffassung von „arbitrium“ wäre ja offenbar auch derjenige Beklagte, welcher ohne dolus in die Lage der Nichtrestitution gekommen, vom Rechte schlimmer behandelt worden, als der wirklich in der Lage war, zu restituiren, aber nicht den Willen dazu besaß.

2) L. 14. §. 5. D. quod metus causa IV, 2 (Ulpianus lib. 11 ad. Edictum): *„Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quidenim si, metum quindem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne judicis officio absolvar? aut si servus in fuga est? aeque si cavero judicis officio, me, si in meam potestatem pervenerit, restiturum absolvi debebo.*

---

[9]) §. 31. J. de act. IV, 6; l. 14 §. 1. D. quod metus causa IV, 2 (Ulpian) l. 18. pr. D. de dolo mal. IV, 3. (Paulus).

Auch hier kann mit den Worten: „aliquando — arbitrium absolutionem adfert“ nur der Sinn verbunden werden: „ausnahmsweise schließt das arbitrium auch mit einer Absolutio und nicht mit einer Entscheidung, daß zu restituiren sei, ab.“ Der Auffassung des Passus mit: „das freie Ermessen des Judex führt mitunter auch eine Absolutio herbei“ widerstrebt entschieden nicht blos das wiederholt urgirte „officium judicis“, sondern auch das am Schlusse mit Nachdruck gebrauchte „debebo“. Beide Ausdrücke weisen auf ein höheres, auf rein objectiven Prozeßnormen beruhendes Muß des Richters und nicht auf eine dem Subjectiven vollen Spielraum lassende rein praktische Maßnahme der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit hin.

Nun erst nehmen wir Bezug:

3) auf den Eingang des Principiums der *cit. l. 18. de dolo malo IV, 3*: *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.*“

Der erste Satz dieser Stelle markirt die Regel, daß auch bei der actio doli die Restitutionspflicht des Beklagten schon durch die erstrichterliche Entscheidung (arbitrium) ausgesprochen und nicht noch besonders ihm in Form eines der Entscheidung nachfolgenden besonderen Jussus de Restituendo aufgegeben werde.

In solcher Form[10]) erfolgte nämlich ausnahmsweise die Anordnung der Restitution bei der arbiträren actio quod metus causa mit der die actio doli doch noch ganz besonders verwandt ist. Für diese Annahme aber, daß Paulus die specielle actio quod metus causa bei dem „in hac quoque actione als Gegensatz im Sinne gehabt habe, spricht unverkennbar der unmittelbar sich anschließende Zusatz: *„Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur.*“ —

4) Läßt sich unsre Auffassung mit der Legaldefinition im §. 31. J, cit. bei Hinzutritt der Erwägung, daß dort „vel solvat“ für vel satisfaciat steht, sehr gut vereinigen. (Vgl. hierüber den folgenden §).

Wollte man andererseits arbitrium dort für freies Ermessen nehmen, so käme man zu dem absolut verwerflichen Gedanken, daß bei den relativ wichtigsten Klagen (über sachenrechtliche Verhältnisse vgl. §. 11.) der richterlichen Willkür bei Prüfung der Intentio mindestens ein

---

[10]) L. 14. §. 5. D. h. t: „arbitrium judicis in restituenda re tale esse“; l. 23. §. 3 D. h. t. (Ulpian).

ebenſo großer Spielraum eingeräumt geweſen wäre, als bei allen zweiſeitigen perſönlichen actiones bon. fid.: wobei übrigens zugeſtanden werden kann und muß, daß in der That bei dieſer Klagenart das richterliche Ermeſſen zur beſondern Geltung gelangte, aber ſicher nicht in jener Beziehung oder bei Prüfung der Einreden[11]), ſondern nur bei der Condemnatio und der ihr zu Grunde liegenden Abſchätzung[12]) des Weſens und der eigenſten Natur des zur Ablöſung kommenden Rechtsverhältniſſes.

Nur dieſe Auffaſſung gebührt dem: secundum cujusque rei — naturam.

Hiernach aber gelangt man zu folgenden resp. wiederholten Begriffsbeſtimmungen:

Arbitria im weitern Sinne hießen ſolche Klagen, deren Formeln mit einer Intentio incerta verſehen waren: im engeren Sinne aber Klagen, wie Urtheile, bei denen eine Condemnatio überhaupt nicht, oder nur eventuell vorkam. Zu letzterer Art gehörten: a) die Praejudicia[13]) b) die Actiones arbitrariae und c) die Eigenthumsklagen; zu den erſtern dagegen auch die bon. fid. Actiones. Dieſe wurden bald Arbitria[14]) bald Judicia[15]) genannt, wohl nur, je nachdem man eben auf die Intentio incerta oder auf die Condemnatio,[16]) die bei

---

[11]) Wie insbeſ. Bethmann-Hollweg, II S. 293 not. 85 u. 68. irrthümlich annimmt. Die von ihm angeführten Belegſtellen beziehen ſich faſt ſämmtlich auf Klagen, die zu den arbitrariis nicht gehören. Nur ausnahmsweiſe griff das richterliche Ermeſſen bei Zulaſſung der Einreden im Exhibitionsproceſſe Platz. L. 3 §. 13. D. X, 4. (Ulpian).

[12]) §. 31. J. IV, 6; l. 18 pr. D. de dolo mal. IV, 3 (Paulus); l. 8. D. de co, quod certo loco XIII, 4 (Africanus; l. 3 §. 9. D. ad exhib. X, 4. (Ulpian). — Bethmann-Hollweg II. §. 90 S. 240. not. 9.

[13]) Lediglich in dieſem gemeinſamen Mangel einer Condemnatio liegt das Geheimniß des Ausſpruchs der Inſtitutionen: (§. 13. IV, 6): „Praejudiciales actiones in rem esse videntur."

[14]) Cicero de offic. III, 17. — Die Bezeichnung: „arbitria honoraria" welche ſich in Cicero pro Roscio Commoed C. 5. findet, bin ich geneigt, auf die prätoriſchen Schöpfungen der formula petitoria und der actiones arbitrariae zu beziehen.

[15]) Cicero Top. c. 17., de offic. III, 15.

[16]) L. 1. §. 2. D. de usur. XXII, 1. (Papinian).

einem Judicium in der Klagformel nie fehlen durfte, hinsah.

Actiones Arbitrariae insbesondere aber hießen diejenigen Arbitria, bei welchen eventuell zwei Erkenntnisse vorkommen konnten, von denen das erste die eigentliche Sachentscheidung, d. h. die Entscheidung über das Recht auf den Besitz der Sache und über die Restitutionspflicht, das zweite eventuelle aber stets eine Condemnatio enthielt. Das erste Erkenntniß war nicht executirbar, präjudicirte[17]) jedoch der Condemnatio, d. h. der Erfolg der Klage war stets durch den Erlaß eines Arbitrii in dem von uns erörterten Sinne einer die Restitutionspflicht des Beklagten aussprechenden Vorentscheidung bedingt. Und dieses allein ist auch der Sinn der argverkannten allgemeinen Definition im §. 31. cit: — „actiones arbitrariae (s), i. e. ex arbitrio judicis pendentes."

Soviel über die proceßrechtliche Erscheinung der act. arbitr.; die Characterisirung ihrer Tendenz will ich im folgenden §. zu geben versuchen.

§. 5.

Das quiritarische Eigenthum im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts.

Die Rechtskindheit des römischen Staates kennzeichnet sich durch eine große Oeconomie und Einfachheit in Betreff der Elemente und Typen des Rechtsmateriales. Auf dem Gebiete des Sachenrechts insbesondere theilte das ursprüngliche civile Dominium der Römer Voraussetzungen und Tragweite mit dem nur auf einfachen und formlosen Elementen beruhenden Dominium Peregrinorum[1]). Erstere bestanden a) aus dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten Eigenthum zu übertragen resp. zu erwerben. B) aus der Traditio (Besitzübergabe). C) aus der praecedens justa causa.

Von diesen drei Erfordernissen des Eigenthumserwerbes des ältesten römischen Rechts erwähnen die Quellen ausdrücklich nur die Tra-

[17]) Vgl. auch Bethmann-Hollweg II. §. 90. S. 240 not. 9.

[1]) Gajus, II. §. 40.

ditio[2]), die abgesehen von ihrer Bedeutung als Act der ein- oder zweiseitigen materiellen[3]) Erfüllung der Obligation sich zugleich als Sinnbild des Eigenthumsübertragungsvertrages darstellt[4]). Der mangelnde Hinweis auf die beiden anderen Elemente erklärt sich aber ganz einfach aus deren Selbstverständlichkeit, wobei insbesondere in Betreff der justa causa daran erinnert werden muß, daß es in den ältesten Zeiten überhaupt nur eine einzige gab, nämlich den Tausch, an dessen Stelle später der Kauf trat, so daß der erstere sich in eine Species des letztern verwandelte[5]).

Was nun ferner die Tragweite des Eigenthumsschutzes betrifft, so bildet das Recht des Eigenthümers auf ungeschmälerte Durchführung der Naturalrestitution eine natürliche und nothwendige Consequenz des Eigenthumsbegriffs. Eine Rei Vindicatio ohne den rechtlichen Effect der Naturalrestitution enthielte ja einen Hohn und Spott auf ihren Namen, wäre geradezu ein lucus a non lucendo. Das Recht des Eigenthümers auf dieselbe bestätigen aber auch die Quellen ausdrücklich und zwar Gajus IV. §. 48 für das ältere, Ulpian in l. 68. D. de Rei Vindic. VI, 1 für das classische und die Kaiser Valens, Gratianus und Valentinianus in l. 5 Cod. VII, 65 für das spätere Recht.

Jedes directen Ausspruchs entbehren wir nun aber für die uns hier hauptsächlich interessirende passive Seite des letzteren Gesichtspunctes (der Tragweite des Eigenthums), nämlich für die rechtliche

---

[2]) L. 9 §. 3. D. de acquir. rer. domin. XLI., 1. (Gajus): „Hae quoque res, quae traditione nostra fiunt jure gentium nobis adquiruntur.“ Das jus gentium meint auch Gajus in II §. 65. wie schon aus dem Gegensatze: „quaedam civili (jure) und aus der Zusammenstellung mit der Occupation in §. 66 hervorgeht.

[3]) Im Gegensatze zur Vornahme vereinbarter Förmlichkeiten des Vertrags z. B. der Mancipation, der gerichtlichen Auflassung u. dergl. m.

[4]) Windscheid I. §. 171 S. 476 bezeichnet die Traditio als eine Form des Eigenthumsübertragungsvertrags. Diese Auffassung ist nicht ganz correct; ihr widerstrebt die Erwägung, daß der betr. Vertrag doch der materiellen Erfüllung regelmäßig immanent ist, während der Begriff der Form sich gewöhnlich noch mit der Nebenvorstellung eines äußern Beiwerks zu einem gegebenen Willensausdrucke verbindet.

[5]) Gajus III §. 141.

Stellung des besitzenden Eigenthümers in dessen Conflicte mit andern zum Besitze seiner Sache Berechtigten.

Ein solcher Conflict konnte nun freilich in der ältesten Zeit nicht vorkommen; damals bildete ja die Servitut, bei welcher die Restitution einer res corporalis überhaupt nicht in Frage steht, das einzige dingliche Recht[6]).

So traten sich denn zuerst mit der Scheidung des Eigenthums in quiritarisches und bonitarisches verschiedene in Betreff der nämlichen Sache Berechtigte einander gegenüber.

An diese Scheidung, deren lediglich[7]) politisches Motiv wohl nur in der egoistischen Tendenz, sich d. h. dem römischen Vollbürger bei nothwendigen Entäußerungen des Patrimonii dessen eigenthümliche Wiedererlangung zu erleichtern, dem peregrinalen Elemente aber dessen Erwerb soviel als möglich zu erschweren, gefunden werden kann, knüpft sich eine doppelte Wahrnehmung.

Einmal bethätigte sich auch bei dieser Schöpfung des alten Civilrechts das legislatorische Streben, allen Gebilden auf dem Gebiete des Sachenrechtes in ihrer äußeren Erscheinung das Gepräge vollständiger Reflexe des Eigenthums zu verleihen, zweitens aber wurde durch diesen Act der Gesetzgebung das quiritarische Eigenthum geradezu zum absoluten Rechte und in Verbindung mit der spätern Einrichtung des arbiträren Princips zu einem, dem civis Romanus auf directem und nächstem Wege unentreißbaren Bollwerke erhoben.

Begründen wir nun diese beiden Behauptungen, die für unsere Lehre in nicht zu trennender Verbindung stehen, näher.

In ersterer Beziehung steht fest, daß die Servitut in der älteren Zeit die Erscheinungsform des Eigenthums ebenso an sich trug, wie die Erbschaft. Es erfuhren beide nicht blos überhaupt eine ganz analoge Behandlung nach den Grundsätzen des Eigenthums, sondern es wurde, wenigstens die letztere, geradezu als Gegenstand des Eigenthums und zwar an einer universitas, später sogar als res incorporalis aufgefaßt[8]). Es kam bei ihr die Mancipation, also ein Modus des

---

[6]) Windscheid, I. §. 200. S. 559.

[7]) Vgl. meine Abhandlung: die Public. Klage ꝛc. §. 4 S. 22—26.

[8]) Gajus II §. 34—36; Ulpiani fragm. XIX de domin. 11—14. Duroi, Archiv f. civil. Praxis VI, S. 278—306.

Eigenthumserwerbes als Teſtamentsform vor[9]) und ebenſo konnte jene universitas nach des Erblaſſers Tode uſucapirt werden (usucapio hereditatis[10]).

Was ferner das Pfandrecht betrifft, ſo enthielt ja die erſt im Juſtinianiſchen Rechte verſchwundene fiducia gar keine Pfandbeſtellung, ſondern ſie war Ueberlieferung des Eigenthums[11]), ſo daß im Falle, wo ſie mit dem pactum de remancipando verſehen wurde, dem tradirenden und mancipirenden Eigenthümer nur das Recht des Wiederkaufs verblieb. Beim Aufkommen der Hypotheken aber erfolgte die Anwendung der Grundſätze der actio hypothecaria auf die fiducia wohl nur aequatitis ratione[12]).

Außer dieſen Rechtsgebilden aber kann dem Eigenthume gegenüber nur noch der Beſitz in Frage kommen[13]). Auch für dieſen bildete in der ältern Zeit die einzige Form ſeines Rechtsſchutzes, nämlich die Vindicienertheilung nur ein integrirendes Moment des

---

[9]) Ulpiani Fragm. XX, 2; Gajus II., §. 101—104.

[10]) Gajus II. §. 54. — Daß aber ein Dominium an den Servituten exiſtirte, folgt 1. aus der Paraphraſe des Theophilus zu §. 2 J. IV, 6 „εἰ φάινεται τὸ uti frui ἐμὸν εἶναι · 2. daraus, daß bei den Servitutes praediorum rustic: welche res mancipi waren, (Ulp. fragm. XIX., §. 1.) durch mancipatio dominium ex jure Quiritium übertragen wurde 3. aus den Ausdrücken: servitus vindicatio (vgl. z. B. 11 §. 5 D. arb. caed. XLIII, 27 (Ulpian); l. an §. 4 D. de remiss. XLIII, 25 (Idem); l. 1 pr. D. si ususfr. VII, 6 (Idem); l. 4 §. 5. D. si serv. VIII, 5 (Idem); l. 15 §. 8 D. quod. vi aut clam XLIII, 24 (Idem); l. 8 pr. D. de reb. anst. jud. XLII, 5: — „quia appellatione dominii fructuarius quoque continetur? vgl. auch l. 2 §. 2 D de interd. XLIII, 1 (Paulus) vgl. mit l. 4 §. 5 D. VIII. 5 (Ulpian).

[11]) Isidor. Orig. V, 25: „Pignus est, quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. Fiducia est cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur."

[12]) Sintenis, Zeitſchr. für Civilr. u. Proc. VII. S. 436.

[13]) Emphyteuſis und Superficies waren urſprünglich Obligationen. Geradezu bezeichnen l. 1 §. 1 D. si ager vertigal VI, 3. (Paulus) die Emphyteuſis und l. 1. §. 1. D. de superfic XLIII. 18 (Ulpian) die Superficies als ein bloßes Pachtrecht und ſelbſt noch Kaiſer Zeno urgirt in l. 1 Cod. de jur. emphyt. IV., 66 die reine Contractsnatur jenes Rechtsverhältniſſes, indem er nur ſeine Auffaſſung als gewöhnliche conductio verwarf. Für den ermangelnden urſprünglichen Connex mit dem Eigenthum ſprechen ferner folgende Umſtände: a) daß die Begründung beider Rechtsverhältniſſe durch die doch nur dem Eigenthume dienende Uſucapion unzuläſſig erſcheint. l. 12. §. 2. D. de Public. act. VI., 2. (Paulus); l. 12. §. 3. D. h. t. Die ſcheinbar entgegenſtehende l. 26 D. de

Eigenthumsprocesses selbst[14]) und einen bloßen Nebenanspruch des Vindicanten gegen den Contravindicanten. Den spätern selbstständigen Schutz der Interdicte aber verdankt der Besitz nicht seiner eigenen Bedeutung, sondern ebenfalls wiederum dem Eigenthum. Selbst da, wo jener dem letztern gegenüber, geschützt wird, liegt der Grund in der vorläufigen Annahme des absoluten Rechts des Besitzers. Aehnliches behaupteten schon Hufeland[15]) und Tigerström[16]), und Ihering[17]) hat Recht, wenn er den Besitz nur eine Eigenthumsposition nennt, den Besitzproceß aber als ein bloßes Scharmützel oder Vorpostengefecht characterisirt. Das letztere Gleichniß trifft freilich mehr die geringe Tragweite des Besitzschutzes; die ganze Relativität seines Grundes tritt dagegen in einem ähnlichen Bilde mehr hervor, wenn man nämlich sagt, der Besitzer kämpfe stets in der

---

usurp. XLI., 3. (Ulpian) giebt keineswegs die Möglichkeit der Ersitzung wenigstens des superficiarischen Rechts zu, sondern spricht nur aus, daß die Ersitzung des Grund und Bodens nothwendig auch die Ersitzung des Eigenthums am Gebäude herbeiführe, vgl. auch Franke, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XLIV. 6. A. M. Windscheid, I. §. 223. S. 637. not. 14, und Schmid, Handbuch d. bürgerl. Rechts II., §. 26. not. 7. b) daß zu ihrer Begründung Besitzübergabe nicht erforderlich ist. l. 1. §. 1 D. si ager rectig. VI. 3. Windscheid §. 221, not. 11. S. 631. knüpft zwar für die entgegengesetzte Annahme unter Bezug auf l. 12. §. 2. D. VI. 2 an die Tradition der Publiciana unter dem Bemerken an, „die Publiciana verlange nichts, was nicht auch für das Recht selbst erforderlich wäre": allein wenn auch für die Public. in der That die Traditio gleichmäßiges Erforderniß der Klage wie des Rechts selbst bildet und zwar regelmäßig sogar da, wo der Erwerb des quiritarischen Eigenthums in Unabhängigkeit von dieser (der Traditio) sich vollzieht. l. 1. §. 2; l. 2. D. h. t. (Ulpian und Paulus): so ist damit noch nicht eine nothwendige Schlußfolgerung für andere Rechte außer dem bonitarischen Eigenthum, bei denen die Publiciana noch Statt findet, gegeben. Daß insbesondere aber bei der Emphyteusis die Traditio kein Erforderniß des Rechts bildet, darauf deutet in l. 12. §. 2. D. cit. der Nachsatz und insbesondere das „si forte" hin, welches Wörtchen ohne diese Unterscheidung vollständig fade und zwecklos erscheint. Der ganze Nachsatz aber muß deshalb auffallen, weil ja nach classischem Rechte die bona fides des Tradenten für die Publiciana kein nothwendiges Erforderniß mehr bildete. Für unsere Ansicht auch: Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867), S. 77—78.

Nur die Uebertragung einer bestehenden Superficies, analog also auch einer bestehenden Emphyteusis erfordert Besitzübertragung. l. 1. §. 7. D. XLIII., 18; Windscheid §. 223 not. 14 u. 15.

[14]) Ihering, die Lehre vom Besitze (1 Aufl.) S. 58—60.

[15]) Darstellung der Rechtslehre vom Besitze im Handbuche II. S. 53.

[16]) Archiv f. civ. Praxis Bd. S. 32 fg.

[17]) a. a. O. S. 52.

Rüstung oder unter der Maske des Eigenthümers, nicht in dem Sinne, als ob der Besitzer, um als Sieger hervorzugehen, sich selbst diese Rüstung anlege, oder diese Maske vorhalte, d. h. sich den Schein und das Ansehen eines Eigenthümers gebe, sondern so, daß der Richter die vollständige äußerliche Gleichheit Beider, d. h. das ruhige Schalten und Walten des Besitzers wie eines Eigenthümers (domini gestio) für ein ausreichendes Moment zur vorläufigen Annahme des Besitzers als wirklichen Eigenthümers hält, welche Präsumtion, wie Ihering ebenfalls schon hervorgehoben hat, noch durch die praktische Erfahrung gestützt wird, daß in der That in 90 von 100 Fällen der Besitzer auch der Eigenthümer ist[18]).

---

[18]) Selbst einer der Hauptstellen zum Beweise, daß der Besitz seinen Grund in sich selbst trage, nämiich l. 11 §. 1., l. 12 u. l. 13. D. de heredit. petit. V, 3 (Ulpianus, lib. 15 u. 67. ad. Edict.):

l. 11: „Pro herede possidet, qu putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur? et Arrianus lib. 2 de interdictis putat teneri quo jure nos uti Proculus screbit. Sod enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere."

§. 1. Pro possessore vero possidet praedo.

l. 12. (Idem lib. 67 ad. Edictum):

„Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendet se heredem vel per mendacium."

l. 13. (Idem lib. 15 ad. Edict.): Nec ullam causam possessionis possit dicere et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur."

kömmt sicher nicht die Auffassung zu, als ob dem praedo auf Grund dessen, daß sein Wille die Sache regiere, Anspruch auf Besitzesschutz zustehe, sondern §. 1. der l. 11 cit. ist offenbar durch ein Versehen der Abschreiber an einen unrichtigen Platz gekommen, die Antwort in l. 12 cit. ist nicht die des praedo, sondern des bonorbm bossessor, welcher auf die Frage des Richters nach der nähern Begründung seiner usucapio pro herede auf die ihm vom Praetor ertheilte bonorum possessio Bezug nimmt, obschon er seine Nichtqualität als eigentlicher Erbe kennt. Nur diese Auffassung gebührt dem: „quia possideo" und dem „sed enim — possidere," welch letzterer Passus lediglich die nähere Begründung der Ansicht des Proculus enthält, daß auch der „qui scit, se heredem non esse" eine usucapio pro herede bewirken könne. Für unsere Ansicht spricht insbesondere auch der Schlußsatz der l. 12 cit: „nec contendet," der bei der gegnerischen Auffassung ganz unbegreiflich erscheint. Geradezu lächerlich aber muß die Annahme erscheinen, der Richter habe den praedo über den rechtsphilosophischen Grund seines Besitzes ausgefragt, oder dieser habe jenem auf seine Frage nach der nähern Begründung seiner Besitzesklage eine rechtsphilosophische Antwort gegeben.

Die kritischen Theile dieser Stellen müssen also ursprünglich so gelautet haben:

l. 11: — sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere."

l. 12: „Interrogatus, cur possideat — vel per mendacium."

l. 13: „Pro possessore vero possidet praedo, qui nec ullam causam possessionis possit (potest) dicere" etc.

Wie so beim Besitze der Besitzer um des Eigenthümers willen geschützt wird, so wurde wiederum im Interesse des Eigenthümers (dom. quirit.) umgekehrt bei dem sog. bonitarischen Eigenthume der Berechtigte anfänglich ganz schutzlos gelassen.

Jene Scheidung des Eigenthums involvirte nämlich nicht etwa eine Theilung der Eigenthumsrechte selbst, sondern nur eine solche von jus und potestas. Das Recht des bonitarischen Eigenthümers war trotz seines pomphaften Namens? und seiner hohen materiellen Bedeutung kein eigentliches jus dominii, sondern ähnlich wie der Besitz nur ein Rechtsverhältniß zur Sache, und bestand lediglich in der justo titulo und a domino erworbenen thatsächlichen Gewalt über die Sache (potestas), mit welcher bei vollständig mangelnder Fähigkeit der rechtlichen Disposition gewisse umfangreiche Erwerbsrechte verknüpft waren[19]). Dieser Mangel eines eigentlichen Eigen-

---

Wenn ferner neuerdings Bruns (Holtzendorfs Encyclop. I, 293) sich insbes. auf l. 2 D. uti possid. XLIII, 18. (Paulus):

„Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualissunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet."

stützt und behauptet: hier werde doch der Besitz an sich geschützt, nur eine absolute, keine relative Theorie sei mit dem Besitzesschutze verträglich, so ist diese Auffassung nur eine wörtliche, der durch die Einleitungsworte indicirte Sinn aber offenbar der, daß die Rechtmäßigkeit des Besitzes für den vorläufigen Schutz des Besitzers nicht verlangt werde, sondern daß hiefür die Thatsache des Besitzes (hoc ipso, quod possessor est) schon ausreiche. Nur über die Bedingungen des Interdicts, nicht über den Grund des Besitzesschutzes läßt sich Paulus aus. „Plus juris habet" aber besagt eben weiter nichts, als daß jeder Besitzer mehr Anspruch auf den vorläufigen Schutz des Praetor habe, als jeder Nichtbesitzer.

Die Aussprüche endlich in l. 1. §. 2 D. uti possid. und l. 12. §. 1. D. de posses. XLI, 2, die von Becker (die Actionen des römischen Privatr. II. S. 239.) für die absolute Theorie angezogen werden, können ebenfalls trotz ihrer allgemeinen Fassung nur restrictiv für den Begriff und dessen Kriterien und nicht zugleich für den Urgrund des Schutzes beider Rechtsverhältnisse als wahr gelten.

[19]) l. 10 §. 2—4. D. de acquir. rer. dom. XLI, 1 (Gajus); Gajus II, §. 88 u. 91; III, 166. Nur auf die geschmälerten Erwerbsrechte des dominus quiritarius geht der scheinbar widersprechende Passus in letzterer Stelle — „licet dominus sit, tamen minus juris in ea re habere intelligitur." Sonst aber ist nirgends von einem jus des dominus bonitarius die Rede (vgl. die Stellen im §. 2 not. [9]), vielmehr heißt es in l. 17 D. de Public. act. VI, 2 von ihm „ut potius rem habeat" Neratius). — Eben so wenig hatte der dom bonit. etwa ein jus in re aliena. Die Quellen verleihen ein solches ausdrücklich nur dem Inhaber eines Pfandrechts, einer Servitut, einer Superficies (l. 30 D. de noxal. act. IX, 4 (Gajus); l. 19 pr. D. de damn. inf. XXXIX, 2 (Gajus), sowie dem Emphyteuta l. 71, §. 5 u. 6 D. de leg. XXX. (Ulpian).

thums-Rechtes hatte nun die Unselbstständigkeit und Schutzlosigkeit des bonitarischen Eigenthümers in Betreff der actiones zur nothwendigen Folge. Den Besitz seiner Sache zu hüten, mußte jener ganz besonders bedacht sein: denn verlor er sie an einen Dritten, so hing im Falle der Renitenz des letztern, ihre Wiedererlangung vor Erfindung der actio Publiciana lediglich von der Willkür und Laune des quiritarischen Eigenthümers, den noch kein Zwang zur Cession seiner Klagen traf, ab. Gegen diesen selbst aber war jener im Falle, wo die Sache ohne Schuld des dom. quirit. an diesen wieder verloren ging — ein Fall, der bei den Römern sehr häufig vorkam, man denke z. B. nur an die wieder zum dominus, bei dem sie besser gehalten wurden, entlaufenen Sclaven — völlig schutzlos, es kam ihm nicht einmal ein interdictum de recuperanda possessione zu Statten, da dieses an die Voraussetzung des „vi" geknüpft war[20]). Endliche Hülfe verschaffte wiederum der Praetor durch Erfindung des arbiträren Princips und dessen nächste Anwendung auf die nur zum Schutze gegen Dritte[21]) erfundene actio Publiciana.

Hierdurch erhielt aber der bonitarische Eigenthümer nicht nur überhaupt Sicherung gegen den quiritarischen, sondern es kam im Gegentheil durch die specielle, zum Schutze jenes ertheilte, der formula petitoria ganz ähnliche Klage der letztere in eine höchst precäre Lage (vgl. oben §. 1.).

Darum die Entrüstung des Cicero in jener Verrinischen Rede über diese Formel, darum sein Wehklagen, daß seit Ertheilung derselben kein civis Romanus mehr seines Eigenthums, seines „bona patria" sicher sei. Den quiritarischen Eigenthümer traf ja hiernach in allen Fällen die Alternative der Restitution der Sache, oder der Leistung der Litisaestimatio, wobei noch dem bonitarischen Eigenthümer in analoger Anwendung der l. 11. §. 2—10 D. h. t. (Ulpian) Ersatz der Früchte und der während des gehabten Besitzes der Hauptsache entstandenen Zubehörungen, selbst da, wo letztere niemals von ihm besessen waren, zu Theil wurde.

In gleicher Weise aber, wie das Ausgleichsverhältniß zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthümer wegen Herausgabe der

---

[20]) Gajus, IV., §. 162.

[21]) Vgl. meine Schrift: „Die Public. Klage ꝛc." §. 12. — Als äußeres Zeichen für diese Annahme kann auch die Erwähnung dieser Richtung der Klage erst ganz am Schlusse des Digestantitels VI, 2. gelten: es heißt dort ferner „actio comparata est" und nicht inventa est.

von ersterm verlornen, von dem letztern kraft des künstlichen Bollwerks der Idee des absoluten Rechts retinirten Sache sich vollzog, erfolgte auch die Auseinandersetzung zwischen dem wahren Eigenthümer und andern, zur possessio seiner Sache berechtigten Personen, so dem Inhaber eines Pfandrechts, dem Emphyteuta und dem Superficiar. Ja, selbst derjenige, welchem die Vornahme des Mancipationsactes oder der Tradition durch Furcht abgerungen worden war, konnte auf directem Wege und mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels zu der veräußerten Sache nicht wieder gelangen, sondern mußte sich eventuell mit einem Geldsurrogate begnügen.

Wir betrachten also als nächsten Grund der Einrichtung der act. arbitr. den Conflict eines Jus in re (aliena) oder Jus ad rem mit dem quiritarischen Eigenthume und finden den ex aequo gebotenen Ausgleich in dem Medium einer Geldabfindung an den Inhaber des schwächern Rechts.

Wir betrachten ferner als objective Regulatoren dieser Geldabfindung a. das Wesen und die eigenste Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses. b. Den wahren Werth der Sache, der Früchte und der omnis causa[22]), niemals des indirecten singulären Interesse des Klägers.[23]). Wo ausnahmsweise die Condemnationssumme den Character einer poena an sich trägt[24]), hat dieselbe jedenfalls mit dem eigentlichen Prinzipe unserer Klagen nichts zu schaffen.

Nun läßt allerdings die Organisation des Prozesses in zwei Abtheilungen (arbitrium und judicium), der Abschluß der ersten Abtheilung (arbitrium) mit dem Ausspruche der Restitutionspflicht des Beklagten und die Einräumung einer Frist für den letztern zur Realisirung dieses Ausspruchs[25]) nicht verkennen, daß die Beförderung der Naturalrestitution eine besondere Aufgabe des Judex bei dieser Klagenart bildete: immer aber fragt es sich doch, ob dieselbe Zweck oder nur Mittel zu einem höheren Zwecke gewesen ist.

---

[22]) l. 14. §. 7. D. quod metus causa IV., 2. (Ulpian). — Meine in der Schrift über die Publicianische Klage S. 119 ausgesprochene Ansicht nehme ich wegen dieser Stelle zurück.

[23]) Ueber die Bedeutung des „quanti ea res est" (erit) vgl. §. 8. — Die Forderung des entgangenen Gewinnes ist nur bei einigen actiones bonae fid. begründet. Den Beweis werde ich in einer besondern Abhandlung zu geben versuchen.

[24]) l. 14. §. 1, 3. D. quod metus causa. IV., 2. (Ulpian).

[25]) l. 14. §. 4. D. h. t. (Idem).

Für letztere Annahme aber fallen folgende Momente schwer ins Gewicht:

1. Die Nichtvollstreckbarkeit des Arbitrii.

2. Die schließliche Verurtheilung des Beklagten lediglich in das „Quanti ea res est" d. i. den reinen Sachwerth. (Beweis §. 8)

3. Der Mangel jedes sonstigen, an die Nichtbefolgung des Arbitrii geknüpften Nachtheils, so daß Ulpian von einer bloßen facultas[26]), ja geradezu von einer licentia[27]) restituendi spricht, eine Ausdrucksweise, die mit der gegnerischen Ansicht absolut unvereinbar erscheint.

Für diese unsere Auffassung aber, daß die Naturalrestitution sowohl, wie die Litisaestimatio[28]), lediglich Mittel des nothwendigen Ausgleichs in dem Kampfe zwischen den Inhabern zwei verschiedenartiger Rechte an derselben Sache und zwar des absoluten (Eigenthums) und eines relativen gewesen sind, sowie für die einheitliche Richtung unserer Klagen gegen den wahren Eigenthümer sprechen nun neben unseren bisherigen Ausführungen folgende, ganz spezielle, aus der nähern Betrachtung der Hauptstelle (§. 31. J. IV. 6) gewonnene Gesichtspuncte:

1) Die Voranstellung der actio Publiciana[29]): sie bildet den von Justinian, vielleicht vorzugsweise zu historischen Zwecken gegebenen Wegweiser für die Quelle des arbiträren Prinzips.

2) Die völlige Homogenität der darin aufgeführten Klagen, sowohl nach Ursprung und Endziel, wie nach dem Gegenstande und den Personen der Parteien.

---

[26]) Vgl. die Stelle sub 25.

[27]) Vgl. die Stelle sub 26.

[28]) Die wir als einen Zwangsverkauf, als eine Art Ablösung und Entschädigung für Aufgabe eines Rechts charakterisiren, l. 3. D. pro emtore XLI. 4. (Ulpian): „Litis aestimatio similis est emptioni."

[29]) Etwaige Bedenken wegen der Aufhebung des bonitarischen Eigenthums gerade durch Justinian sind übrigens deshalb ohne Grund, weil nicht nur für die Publiciana auch in der Richtung gegen den Eigenthümer die Geltendmachung des superficiarischen und emphyteutischen Rechts nach l. 12 §. 2 u. 3 D. h. t. (Paulus) verblieben ist, sondern weil unter Umständen (vgl. l. 63. D. de Rei Vind. VI, 1 (Ulpian); l. 24 D. de exc. rei judic. XLIV, 2 (Julian) u. a. m.) auch heute noch der bloße bon. fid. possessor gegen den dominus mittelst dieser Klage durchdringen kann.

Durchweg sind dies nur Klagen prätorischen Ursprungs, überall handelt es sich bei ihnen nur um die Herausgabe einer res corporalis, die der zum Besitz Berechtigte von dem wahren Eigenthümer begehrt. Weder irgend ein Vindicatio, noch irgend eine sonstige Klage des Eigenthümers befindet sich unter ihnen, trotzdem gerade diese Klagen hauptsächlich diejenigen sind, welche eine Naturalrestitution erstreben.

3) Die ganz beschränkte Sphäre dieser Klagen. Hiefür giebt der in so knappem Gewande erscheinende Passus des Schlußsatzes: „In his enim actionibus et ceteris similibus" einen deutlichen Fingerzeig ab. Unmöglich kann man hier an Klagen denken, deren Ungleichartigkeit mit den dort aufgeführten in die Augen springt, die auch die tagtäglichste Anwendung finden und unbedingt noch mehr Wichtigkeit besitzen, als jene, nämlich nicht an die hereditatio petitio, die rei vindicatio, die actio confessoria. die actio depositi u. a. sondern nnr an Klagen aus ganz ähnlichen Rechtsverhältnissen, die gewissermaßen in die namentlich angeführten eingewickelt sind und in jeder Beziehung (nach Grund, Gegenstand, Richtung und Zweck) deren Verwandtschaft theilen, nämlich die actio si ager vectigal petatur und das interdictum de superficiebus, die in der actio Publiciana enthalten sind und möglicherweise auch die actio Faviana gemäß des Passus: actiones in personam, veluti, quibus de eo agitur, quod aut — aut dolo malo factum est petitur."

Widerstrebt nun aber diesen Ansichten in der Institutionenstelle nicht das „vel solvat." Durch Anführung dieses Momentes der Zahlung als möglichen Befriedigungsmodus, schon beim Arbitrium und nicht erst beim Judicium ist doch sicher auf eine ganz andere Tendenz dieser Klagenart als die von uns hervorgehobene hingewiesen? Gleichwohl muß behauptet werden, daß die Specialisirung der einzelnen so verschiedenen Momente: nisi — satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat nicht etwa indicirt, daß das Gebiet dieser Klagenart noch andere als bloße Restitutions- und Exhibitionsklagen (— restituere im weitern Sinne des Wortes —) umfasse, sondern lediglich auf die Voraussetzungen hinweiset, bei deren Nichteintritt das Arbitrium auf Restitution und Exhibition in ein Judicium übergeht, bei welchem also eine Condemnatio unbedingt erfolgen muß.

Was insbesondere zunächst das „restituat" betrifft, so ist dies in doppeltem Sinne theils für possessionem reddere, theils für posses-

sionem facere[31]) zu nehmen. Das „vel solvat“ aber deutet nicht etwa auf die actio Serviana[32]) oder, wie die gewöhnliche Annahme ist[33]), auf die actio de eo, quod certo loco hin — denn beide Klagen sind ja in erster Linie entschieden nicht auf ein Solvere, sondern auf ein Restituere und Dare gerichtet — sondern steht hier für „satisfaciat“[34]), nämlich, daß er künftig restituiren oder die Litis aestimatio zahlen wolle, welcher Ausdruck wohl lediglich nur wegen seines Gebrauchs kurz zuvor — vermieden worden ist. Endlich darf „vel ex noxali causa servum dedat“, nicht so verstanden werden, als wenn etwa jedes noxale judicium arbiträr gewesen, mithin ein Arbitrium auf noxae datio der Condemnatio in die Litisaestimatio vorangegangen wäre[35]), sondern es bezieht sich jener Passus lediglich auf die Fälle, wo ein Sclave durch Betrug oder Zwang sich in den Besitz einer fremden Sache gesetzt hatte.

Hier konnte zunächst noxaliter servi ipsius nomine in dominum geklagt werden. Befriedigte dieser den Kläger durch Herausgabe der Sache oder durch Prästation des Sachwerthes und resp. des Quadrupli, so nützte dies auch dem Sclaven. Ließ sich der dominus dagegen auf diese Klage nicht ein, so konnte nun auch noxaliter mittelst der actio doli oder quod metus causa gegen ihn selbst unter der Voraussetzung geklagt werden, daß die Sache in seinen eigenthümlichen Besitz gelangt war. In diesem Falle erging zunächst ein Arbitrium ebenfalls auf Herausgabe der Sache — denn letztere war stets in obligatione, die noxae deditio nur in solutione. — Erfolgte aber auch jetzt diese Herausgabe nicht, so trat die Condemnatio in die Litisaestimatio und resp. das Quadruplum ein, soferne der dominus nicht noch zuvor den Anspruch durch noxae detitio zum Erlöschen brachte.

---

[31]) vgl. insbes. l. 22; l. 75, l. 246. §. 1. D. de verb. signif. l, 16 (Gajus) (Paulus und Pomponius); l. 21. §. 3 D. de pign. XX, 1 (Ulpian).

[32]) Bethmann-Hollweg, II, S. 291. §. 94 not. 75 vgl. auch not. 74. Rudorff 2. g. II. §. 42 S. 153.

[33]) Zimmern, §. 67. S. 207. Savigny V. §. 223 S. 133; Rudorff, a. a. O.; Ziebarth, die Realexecution u. die Oblig. §. 8. S. 78 Anm. 1a.

[34]) l. 176 D. de verb. signif. L. 16 (Ulpian); l. 6 pr. D. quibus mod. pignus XX, 6. (Idem).

[35]) Ein Judicium lediglich auf noxae datio war ja geradezu nichtig. L. 6. §. 1. D. de re jud. XLII, 1. (Ulpian).

Mithin bildete also hier die noxae deditio vor der Condemnatio für den dominus die Voraussetzung, bei dem es beim Arbitrium bewendete, so daß, im Gegensatze zu den übrigen Klagen, durch eine noch nach der condemnatio offerirte noxae detitio das Recht auf Einziehung der Litisaestimatio nicht mehr vereitelt werden konnte[36]).

Mit diesen Ausführungen gewinnen wir nun aber für unsere Auffassung ein völlig abgerundetes Bild, alle vier Ausdrücke ergeben nun die einheitliche exclusive Richtung aller act. arb. gegen den wahren Eigenthümer.

Hiernach aber erscheint folgende Characterisirung der actiones arbitr. begründet. Actiones Arbitrariae sind solche prätorische actiones in rem und in personam, deren nächster Zweck auf das Dare oder Restituere einer Res corporalis (nicht auf Einräumung eines Jus) gerichtet ist, an welcher dem Beklagten das wahre Eigenthum (ex jure Quiritium,) dem Kläger aber irgend ein beschränkteres Recht zusteht und bei welchen die auf Grund der richterlichen Pronuntiatio Arbitrii (Erkenntniß über die Rechtsfrage und die Restitution) den Beklagten treffende, aber trotzdem verweigerte Naturalleistung durch ein Geldsurrogat nach Maßgabe des Quanti ea res est d. i. des wahren Sachwerthes und ausnahmsweise des Quadrupli im Condemnationswege ersetzt wird.

Vor Betrachtung der einzelnen act. arbitr. relevirt nun aber noch die spezielle Widerlegung der allgemeinen Irrthümer der bisherigen Doctrin und zwar folgender:

1) Bei diesen Klagen sei ein eigentlicher Jussus de Restituendo ergangen.
2) Die Formel „Neque oder Nisi Restituat, Exhibeat" enthalte ein specifisches Kriterium derselben.
3) Es finde hier regelmäßig das Jusjurandum in Litem statt.
4) Das Quanti ea res est (erit) involvire regelmäßig auch das volle resp. ein erhöhtes Interesse des Klägers.

---

[36]) Nur in diesem Sinne dürfte insbesondere auch die nicht unschwierige l. 16 §. 1 D. quod. metus causa IV. 2 (Ulpian) auszulegen sein, (vergl. im Uebrigen noch l. 9. §. 4 D. de dolo mato IV., 3 (Ulpian) vgl. mit l. 1. D. de nox act. IX. 1 (Gajus).

§. 6.

Die Formel „Nisi Restituat“[1]).

Seit Savigny hat sich die Doktrin daran gewöhnt, gerade diese Worte als das äußere Kennzeichen der act. arbitr. anzusehen, und ihnen die Bedeutung beizulegen, als erhalte dadurch der Richter die Ermächtigung zur Behandlung der Klage als einer arbiträren.

Der Beweis freilich ist ein äußerst schwacher und liegt einzig und allein in zwei Formeln von wirklichen oder vermeintlichen act. arbitr., in denen zwar nicht diese Worte, aber doch die gleichbedeutenden „neque restituetur“ vorkommen, nämlich in den Klagformeln der Petitoria und resp. der Publiciana in rem actio (Cicero in Verrem II. 12 §. 31) und der actio, quod metus causa (l. 14 §. 11. D. h. t).

Entstanden ist wohl die ganze Ansicht durch Huschke's[2]) Auflösung der Sigle N. R. in der bis dahin[3]) noch nicht als arbiträr geltenden Klagformel der depositi in jus concepta[4]), und lediglich diese Entdeckung hat in Wahrheit die Ursache abgegeben, daß nun nicht blos dieser letztern Klage[5]), sondern in Consequenz davon auch der actio commodati[6]) und der actio locati[7]) der Character von arbiträren verliehen worden ist, ein Resultat, welches die Dunkelheit dieser Lehre nur vermehrt und noch mehr von dem eigentlichen Grundprincipe dieser Klagenart abgeführt hat.

Freilich giebt nun die Doctrin solche Wendung nicht offen zu, sondern stellt den geschichtlichen Entwickelungsgang ganz anders dar, obschon eine Uebereinstimmung der Meinungen durchaus nicht Statt findet. So hält Savigny[8]) dafür, daß bei allen persönlichen Re-

---

[1]) Savigny, a. a. O. S. 214; Puchta, Curs. d. Instit. II. §. 166. Rudorff, II S. 153, 170; Bethmann-Hollweg, II S. 226 und 291. — Nur Keller, Civilproc. gedenkt dieser Formel überhaupt nicht.

[2]) Studien S. 316.

[3]) vgl. Höpfner Comment. §. 1134.

[4]) Gajus IV. §. 247.

[5]) vgl. die Schriftsteller in nota 1, und außerdem Zimmern, III. S. 212; Keller (II. Aufl.) S. 112.

[6]) Savigny, S. 131; Bethmann-Hollweg, S. 288. not. 56. — Zimmern S. 212 ist zweifelhaft; Keller und Rudorff führen dieselbe nicht mit an.

[7]) die Schriftsteller der nota 3.

[8]) a. a. O. S. 128.

stitutionsklagen (commodati, depositi, pigneraticia, locati, doli und quod metus causa) eine formula arbitraria stets anwendbar gewesen sei, während Keller[8]) und Bethmann-Hollweg[9]) die formula petitoria gewissermaßen als Muster aller übrigen act. arbitr. ansehen, der sich zunächst die confessoria, die negatoria und dann die finium regundorum angeschlossen habe (Keller), indem der Praetor schließlich deren Behandlungsweise durch actiones in factum auf Fälle der Restitution im weitern Sinne, z. B. die actio quod metus causa und de dolo malo und auf die die Restitution vorbereitende Exhibition ausgedehnt habe (Bethmann-Hollweg).

Man muß aber alle diese Ansichten in Ermangelung jedes positiven Anhalts geradezu für leere Hypothesen erklären, für ohnmächtige Versuche, die Aermlichkeit der von jenen Schriftstellern vertretenen Grundauffassung des ganzen Institutes mit historischem Aufputz einigermaßen zu verhüllen.

Gegen die Keller-Bethmann'sche Ansicht spricht ganz entschieden, daß in dem Verzeichnisse der Institutionenstelle das angebliche Muster geradezu fehlt.

Was nun aber die specielle Formel selbst betrifft, so behaupten wir, daß sie niemals das characteristische Kennzeichen der act. arbitr. gebildet, vielmehr bei den verschiedenen Klagen, wo sie vorkömmt, eine verschiedene Bedeutung gehabt hat.

Und hiefür haben wir mehrere gewiß nicht zu verachtende Gründe.

Wäre nämlich erstens jene Formel wirklich das, wofür sie die Gegner ausgeben, dann würde sie gewiß auch einen gleichmäßigen Standort und die nämliche Form haben. Nun treffen wir sie aber bei den Klagformeln der Publiciana und der actio quod metus causa, deren arbiträre Natur positiv bezeugt ist, weder vor Beginn der Intentio, noch hinter der Condemnatio, sondern zwischen beiden Formeltheilen an, auch nicht, wie bereits erwähnt, in der knappen Form von „Nisi Restituat" als bloßes Wahrzeichen der arbiträren Behandlung der Sache, sondern als wesentlicher Bestandtheil der Intentio in der Form von: „neque ea res arbitrio judicis restituetur"[11]), während bei (Gajus,) IV, §. 47 in der depositi formula in jus concepta die Sigle: N. R. in der Condemnatio steht[12]).

---

[8]) a. a. O. S. 110.

[9]) a. a. O. S. 227.

[11]) l. 14 §. 11. quod met. caussa IV. 2. (Ulpian).

[12]) Bei der depositi formula in factum sind dagegen die Worte „eamque .... redditam non esse" wiederum mit der Intentio verknüpft.

Zweitens widerstrebt der Hinweis auf die actiones de recepto und in publicanos. Erstere war doch nicht blos eine prätorische, rein reipersecutorische[13]) Restitutionsklage, sondern auch in factum concipirt[14]). und enthielt das „nisi restituat" in aller Reinheit[15]), dennoch aber war sie entschieden nicht arbiträr[16]).

Ebenso beruht die actio in publicanos zwar auf der Formel: „si id restitutum non erit"[17]), aber sie ist nicht reipersecutorischer Natur, sondern eine reine Strafklage[18]), von der sich jedoch der publicanus durch Restitution befreien kann[19]).

Wenn Rudorff[20]) in Anerkennung der heterogenen Natur beider Klagen meint: „daß hier das: Nisi Restituet" die edictale Bedingung des Judicium und nicht der Condemnatio bilde, bedeute nur, daß die Strafe nicht, wie in der actio furti, der That auf dem Fuße folge, sondern daß sie durch Naturalbefriedigung vor dem Processe abgewendet werden könne, so ist zu erwidern, daß überhaupt die actiones arbitr. Pönalklagen nicht sind und dann wird auch von der actio in publicanos ausdrücklich behauptet, daß hier die Naturalrestitution die poena auch noch „post judicium acceptum" ausschließe[21]).

Nach Alle diesem, sowie unter besonderem Hinblick auf l. 14 §. 11. D. quod metus causa IV, 2. (Ulpian) rechtfertigt sich aber die Behauptung, daß bei den speziellen act. arbitr. diese Formel nicht etwa zum Ausdruck dafür gedient hat, daß die Nichtrestitution die Bedingung des Erlasses eines Arbitrii auf Restitution bilde, sondern nur dafür, daß der Ausspruch auf Restitution und dessen Nichtbeachtung die normalen Voraussetzungen der Condemnation enthielten.

Bei der actio depositi dagegen diente der Gebrauch der Formel nur zum Hinweis darauf, daß durch eine freiwillige Restitution während des Prozesses die Condemnatio mit ihren hier ganz besonders

---

[13]) l. 3 §. 4 D. nant. caup. IV, 9. (Ulpian).
[14]) l. 1 pr. D. h. t. (Idem).
[15]) l. 1 pr., l. 3 §. 1. D. h. t (Idem).
[16]) vgl. insbes. Rudorff II. S. 154.
[17]) l. 1. pr. D. de public. XXXIX., 4. (Ulpian).
[18]) l. 5 D. h. t. (Gajus).
[19]) l. 1. §. 4 D. h. t. (Ulpian).
[20]) l. c. S. 154.
[21]) l. 5 pr. D. h. t. (Ulpian).

nachtheiligen Wirkungen — insbes. der ignominia (Gajus IV, 182) — abgeschnitten werden könne[22]).

§. 7.

Der Jussus de Restituendo vel Exhibendo.

Mit der Idee der Superiorität des Eigenthums als solchen Rechts, daß in Verbindung mit dem Besitze, aber im Conflicte mit andern Rechten, einem unfreiwilligen Ersatze, einer Ablösung durch irgend ein, wenn auch noch so hohes Geldaequivalent nicht unterliegt,[1]) sowie mit dem für den Fall des Besitzverlustes dem Eigenthümer zustehenden und gegen jeden Besitzer durchführbaren Anspruche auf Naturalrestitution steht offenbar die prozessualische Einrichtung eines besondern, dem Erkenntnisse (bei der petitoria u. s. w.) nachfolgenden Jussus de Restituendo eben so sehr in vollem Einklange, als andererseits aus eben diesem Grunde die Unzweckmäßigkeit seiner Anwendung bei dem Klagengenus der act. arb. keinem Zweifel unterliegen kann. Der Nachweis eines solchen Jussus als regelmäßigen Begleiters dieser Klagen würde sogar die Berechtigung unsrer ganzen Theorie sehr zweifelhaft erscheinen lassen.

Allein eine genaue Prüfung der Quellen ergiebt für die große Mehrzahl der als „arbitrariae" positiv bezeugten actiones auch nicht die leiseste Andeutung eines solchen jussus; insbesondere findet sich derselbe weder bei der Publiciana in rem actio, noch bei der actio de eo, quod certo loco, noch — und darauf ist besonders hinzuweisen — bei der actio doli[2]).

Die einzigen Klagen, bei denen sein Dasein überhaupt erwiesen ist, sind, abgesehen von der nichtarbiträren Rei Vindicatio[3]), 1: die actio quod metus causa und 2. die actio ad exhibendum.

---

[22]) Für die Ansicht Savignys §. 216 S. 86 not. t., daß auch l. 22 i. f. D. depos XVI. 3 (Marcellus) u. l. 3 §. 3 D. commod. XIII, 6 (Ulpian) augenscheinlich wörtliche Anspielungen auf jene Fassung der Formel enthielten, spricht nicht das Geringste.

[1]) vgl. oben §. 5.

[2]) l. 17 u. l. 18. D. dolo mal. IV, 3 (Ulpian und Paulus).

[3]) l. 68 pr. de Rei Vind. VI, 1. (Ulpian); l. 13. §. 9 D. de poss. XLI, 2 (Idem); l. 9. §. 1. D. de furt. XLVII., 2 (Pomponius); §. 2. J. J. de offic. IV, 17.

Im ersten Falle aber erhält das in dem Jussus zu Tage tretende richterliche officium seine besondere Motivirung durch den Pönalcharacter dieser Klage, zwar nicht den Actio an sich, aber doch des Judicium (der Condemnatio[4]), bei der actio ad exhibendum aber erklärt sich seine Anwendung einfach daraus, daß die Realisirung ihres eigentlichen Endzwecks des Richters Auflage zur Exhibition und dessen Gegenwart bei ihr absolut erheischt, letztere den Begriff der Exhibition geradezu bedingt[5]).

In beiden Fällen war der Jussus mit dem Arbitrium verbunden resp. erfolgte das Erkenntniß (zugleich) in Form einer richterlichen Auflage, während bei der actio petitoria an den Ausspruch über die Eigenthumsfrage erst im Falle seiner Nichtbeachtung sich der Restitutionsbefehl als der erste einleitende Schritt der Execution anschloß[6]).

Wir setzen noch zu besserm Vergleiche die wenigen einschlagenden Quellenzeugnisse im Tenor hierher; nirgends findet sich in ihnen auch nur der geringste Anhalt dafür, daß die Anwendung des betr. Jussus zu einem allgemeinen Principe der act. arbitr. erhoben gewesen sei:

1) die bereits (§. 4) herausgehobene l. 14 §. 5. D. quod. met. c. IV, 2. (Ulpian).
2) l. 23. §. 3. D. h. t. (Idem) lib. 5 Opinionum):
„Si quis, quod adversario non debebat delegante eo, per vim, apparitione Praesidis interveniente, sine notione, judicis coactus est dare: judex inciviliter extorta restitui ab eo, qui rei damnum praestiterit, jubeat.“
3) l. 3 §. 9 D. ad exhib. X, 4. (Idem, lib. 24 ad. Edictum):
„Sciendum est autem, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cujus interest exhiberi. Judex igitur summatim cognoscere, an ejus intersit, non, an ejus res sit: et sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.“
4) l. 3 §. 13 D. h. t. (Idem eod loco): *„Ibidem subjungit, judicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor objicit: et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi; si obscurior, vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum judicium, re exhiberi jussa — .“*

---

[4]) §. 27 J. J. de act. IV, 6; l. 14 §. 1. D. quod met. causa IV, 2 (Ulpian).

[5]) l. 2 D. ad. exhib. X, 4 (Ulpian): „exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat experiundi sit copia.“

[6]) l. 35 §. 1. l. 68 D. de Rei Vind. VI 1.

5) §. 3 J. J. de offic. IV, 17: „— *quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat: condemnandus sit in id, quod actoris interest, si ab initio res exhibita esset.*“

§. 8.

Die Formel: Quanti ea res est.

Die Bedeutung dieses einleitenden und wichtigsten Theiles einer nur bei Klagen, die mit einer incerta intentio versehen waren, üblichen Condemnationsformel hat auch Savigny verkannt; ja es hat bei ihm diese Verkennung zu den gekünsteltsten Unterscheidungen bei makellos klaren Quellenzeugnissen geführt.

Savigny entwickelt in seinem System Bd. V. in einer besondern Beilage Nr. XII. S. 442—461, daß die buchstäbliche Erklärung jener Ausdrücke und insbesondere des so vieldeutigen Wortes „Res“ nämlich als „Sachwerth“ oder „Marktpreis“ im alten Rechte vorgeherrscht habe, während die mehr dem Sinne und innern Wesen der Rechtsverhältnisse entsprechende als „Interesse“ im neueren Rechte gelte, allein seine Ausführungen sind keineswegs überzeugend [1]).

Vor Allem läßt sich nicht annehmen, daß die so überaus practischen römischen Juristen sich gerade über die letzten realen Ziele der verschiedensten Klagen unklar ausgesprochen und eine Formel von solch schwerer Bedeutung in der vieldeutigsten Weise gebraucht haben sollten.

Sodann aber verstößt Savigny's Auffassung nicht blos gegen Stellen, in denen „quanti ea res est“ und „quanti interest“ in directem Gegensatze stehen [2]), sondern geradezu gegen den klaren Wortlaut solcher, die sich ganz speciell nur mit der Erklärung jener Formel befassen, so insbesondere der

l. 179 D. de verb. sign. (Ulpianus, lib. 51 ad. Sabinum): „*Inter haec verba*“ *Quanti ea res erit, vel* „*Quanti eam rem*

---

[1]) Vgl. Puchta, Pand. §. 224.

[2]) L. 1 §. 4 D. si quii jus. dic. II, 3 (Ulpian); l. 1 §. 20 D. de tutelae act. XXVII, 3. (Idem); l. 9 §. 8 D. ad exhib. X, 4 (Idem). Wenn Savigny a. a. O. S. 456 in ersterer Stelle das: q. e. r. est nicht auf den Sachwerth, sondern auf den Streitgegenstand bezieht — vgl. Varro, de linqua Latina, lib. VI. — so ist, gegenüber dem Umstande, daß ja auch diese Stelle von demselben Juristen (Ulpian) herrührt, welcher die im Texte angegebene besondere Erklärung der Formel gegeben hat, dieser Interpretationsversuch kaum Savignys würdig.

esse paret, nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.“

und

der l. 19 D. h. t. (Ulpian, lib. 38 ad. Edictum):

„Haec Verba „Quanti eam rem paret esse, non ad quod in„terest, sed ad rei aestimationem referuntur.

Nur so viel ergiebt allerdings der Vergleich mit andern Stellen, daß zwar bei manchen Schäden[3]) „und Restitutionsklagen[4]) eine Erweiterung des ursprünglich beschränkten Klageobjects über die res hinaus bis zum Ersatz auch der nur mittelbaren Schäden im spätern Rechte in der That Statt gefunden hat, aber sicher nicht in Folge einer total veränderten Auslegung der Edictsworte „quanti ea res est,“ über deren buchstäblichen Sinn man ja nicht zweifelhaft sein konnte, sondern, wie bei der actio legis Aquilia, nur in Folge der abweichenden Beurtheilung ganz singulärer, von der Gesetzesredaction unberücksichtigt gebliebener Fälle durch die (spätere) Wissenschaft, also nur durch Rückschluß aus den Principien des Gesetzes[5]).

Nur in diesem Sinne kann ich das:

„Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione, placnit „non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed „eo amplius, quod quid praeterea, peremto eo corpore damni, „vobis allatum fuerit“

des §. 10 J. J. de L. Aquilia verstehen.

In einzelnen Fällen wird ferner zwar „quanti ea res est“ geradezu durch „quanti interest“ erklärt, aber damit ist nicht etwa der erstern Formel die Bedeutung des vollen, auch indirecten Interesse verliehen, sondern nur der Modus der Abschätzung markirt. Beide Ausdrücke meinen dann immer den bloßen Sachwerth, nur nicht nach objectivem, sondern nach subjectivem Maßstabe, nämlich die Abschätzung per jusjurandum in litem. Hiernach spricht aber eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß bei denjenigen Rechtsverhältnissen und Klagen, bei denen eine solche Erweiterung des Klagobjects per rationem, oder eine solche Erläuterung des „quanti ea res est“ von den Juristen nicht ausdrücklich bezeugt ist[6]), auch noch im spätern Rechte diese

[3]) l. 21 §. 2 D. ad. leg. Aquil. IX, 12 (Ulpian); §. 10 J. J. de leg. Aquil. IV, 3; l. 4 §. 7 D. de damno inf. XXXIX, 2 (Ulpian).

[4]) l. 68 D. de Rei Vind. VI. 1; l. 15 §. 7. §. 9 D. quod vi ant clam XLIII, 24; l. 6 De vi XLIII, 16; l. 3. §. 11. D. uti possid. XLIII, 17; l. 1. §. 4 D. ne vis fiat ei, XXIII, 4. (Ulpian).

[5]) l. 10—13. D. de legib. I, 3. (Julian).

[6]) l. 68 D. de Rei Vindic. VI. (Ulpian); l. 6 De de vi XLVIII, 16. (Idem.)

Formel nur in der ursprünglichen rein buchstäblichen Bedeutung des bloßen Sachwerthes nach objectivem Maßstabe genommen werden muß.

§. 9.

Das Juramentum in Litem.

Die Ansicht, dieser Eid habe den regelmäßigen Abschätzungsmodus bei den act. arbitr. gebildet, ist eine in der frühern wie in der neuern Zeit ganz allgemein verbreitete. So sagt Savigny a. a. O. S. 123:

„Der allgemeinste Nachtheil (der Nichtbeachtung des richterlichen Restitutionsbefehles) bestand aber darin, daß nun die „Geldsumme, auf welche der Arbiter den Beklagten verurtheilte, „den wahren Werth des Gegenstandes weit übersteigen konnte, indem der Kläger durch seinen Eid die Summe bestimmen durfte."

u. S. 124 nota e:

„Der eigentliche Zusammenhang zwischen dem Eid in litem „und den arbiträren Klagen besteht nun aber darin, daß bei „ihnen jener Eid als regelmäßiges Recht des Klägers in den „angeführten Stellen anerkannt wird, anstatt daß er bei strengen „Klagen nur als Aushülfe, nur in Ermangelung anderer Beweise „gebraucht werden kann."

Aehnliches behaupteten auch Höpfner[1]), Schweppe[2]), Puchta[3]), Schröter[4]), Keller[5]), Wetzell[6]) und so noch der neueste Bearbeiter dieser Lehre, Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 289:

In allen diesen Fällen (einer actio arbitr.) wurde regelmäßig die höhere Condemnation als Strafe des Ungehorsams (condumacia) durch den Eid des Klägers (jusjur. in litem) bestimmt, so daß dessen Vorkommen die Natur dieser Klagen sicher! bezeugt."

In dieser Allgemeinheit entsprechen aber diese Ansichten keineswegs den Quellen, vielmehr ergiebt ein näheres Eingehen auf dieselben, daß das Jusjurandum in Litem bei allen actiones arbitr.

[1]) Comment. §. 1133 S. 1105.
[2]) röm. Priv. R. §. 162 S. 356. (4. Ausg).
[3]) gerichtl. Klagen §. 22 S. 56.
[4]) Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. VII, S. 362.
[5]) Civilproc. S. 270. (2. Aufl).
[6]) Civilproc. 1. Bd. S. 180.

in rem völlig unanwendbar war, dagegen aber bei einzelnen act. arbitr. in personam Statt fand und zwar, außer bei der actio ad exhibendum, nur noch bei den beiden auf Delict beruhenden actiones doli und quod metus causa und begründen wir diese Ansicht dahin:

Das einleitende Fragment des Digestentitels de in Litem jurando (XII, 3) stellt das Recht auf diesen Eid lediglich als eine Folge der Contumacia des Beklagten hin[7]). Da nun das römische Recht jedes dingliche Recht außer dem Eigenthume für ablösbar hielt, dagegen die Durchführung der Naturalrestitution gegen den wahren Eigenthümer mittelst Zwangsmaßregeln in erster Linie prinzipiell ausschloß (§. 5), so konnte auch bei den doch gegen den verus dominus gerichteten act. arb. in rem von einer böswilligen Verweigerung der Naturalrestitution (des prinzipiellen Klagobjects) überhaupt nicht die Rede sein.

Anders lag aber die Sache bei denjenigen act. arb. in personam, bei welchen das Eigenthum an einer Sache auf unredliche Weise durch den Beklagten von dem Kläger erworben worden war, nämlich bei den act. doli und quod metus causa. Hier sollte das erworbene absolute Recht den Beklagten trotz seines fehlerhaften Erwerbes ebenfalls gegen jeden directen Zwang zur Naturalrestitution schützen, beharrte er indeß bei deren Verweigerung selbst nach bereits ergangenem Arbitrium, so erfolgte zwar zunächst bei der actio doli immer nur die Condemnatio zum Ersatze des reinen Sachwerths[8]) und nur bei der actio quod metus causa Verurtheilung in das Quadruplum, hier zur härtern Ahndung des gröbern Delicts[9]); entfernte oder vernichtete aber der Beklagte doloserweise die Sache noch nach dem Arbitrium, so daß Feststellung des reinen Sachwerthes und resp. des Quadrupli zur Unmöglichkeit wurde, dann trat bei beiden Klagen eine resp. weitere Bestrafung ein und zwar fand nun Feststellung des reinen Sachwerthes und resp. des Quadrupli durch das Jusjurandum in Litem Statt.

---

[7]) vgl. außerdem l. 8 D. h. t. (Ulpian); l. 5 §. 3 D h. t. (Marcian); l. 3 §. 2. D. ad. exhib. X. 4. (Ulpian) l. 18 pr. §. 1 D. de pol. mal. IV, 3 (Paulus); l. 68 D. de Rei Vind. VI, 1. (Ulpian); l. 25 §. 1 D. de sol. matrim, XXIV, 3 (Paulus); l. 8. §. 1 u. l. 10 D. rer. amot. XXV, 2. (Pomponius); l. 7 i. f. D. si servit. vindic. VIII 5. (Paulus); const. 4 Cod. V, 53. —

[8]) l. 18 pr. D. h. t. (Paulus).

[9]) l. 14 §. 1 u. 3 in fin. D. h. (Ulpian).

Zu näherem Beweise heben wir noch folgende Stellen heraus:
L. 17 D. de dolo mal. IV, 3. (Ulpian lib. 11. ad Edict):
„Si plures dolo fecerint et unus restituerit: omnes liberantur; „quod si unus, quanti ea res est, praestiterit, puto adhue „ceteros liberari".

und

„L. 18 D. h. t. (Paulus, lib. 11 ad Edict): *„Arbitrio judicis „in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit; sed officio judicis debet in utraque actione taxatione jusjurandum refrenari."*

§. 1. *„Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus, defunctus sit ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interesit actoris."*

L. 17 cit. hat offenbar den Fall vor Augen, wo eine von mehreren durch Betrug zu Miteigenthümern gewordenen Personen den Anspruch des bisherigen dominus durch Prästation des reinen Sachwerthes ablöset, so daß durch diese Prästation die Verbindlichkeiten der Andern erlöschen.

Das folgende Fragment geht davon aus, daß bei der actio doli ganz wie bei den übrigen act. arbitr. die Restitution Gegenstand des Arbitrii bilde und ebenso die Condemnatio stets auf ein Certum gehe. Er werde jedoch, fährt Paulus weiter fort, gewöhnlich die certa quantitas in das Klaggesuch deswegen nicht aufgenommen, weil der Kläger bei Stellung des Gesuchs auf bloße Naturalrestitution im Falle einer Contumacia des Beklagten mehr erzielen könne, indem dann der Kläger zum jusjur. in litem zugelassen werde, während er (auch bei der speziellen Klage) regelmäßig (nämlich, wo ihn keine contumacia treffe) selbst im Condemnationswege nur zum Ersatze des reinen Sachwerthes angehalten werden könne.

Alle drei Stellen behandeln sonach vier ganz verschiedene Eventualitäten: nämlich l. 17. cit. den Fall einer Prästation des reinen Sachwerthes ohne richterliche Concurrenz, die Einleitung des Prinzipiums der l. 18 cit. den Fall der richterlichen Abschätzung des reinen Sachwerthes nach ergangenem Arbitrium und der Nachsatz der l. 18 pr. cit. den Fall, wo ausnahmsweise — und zwar nicht bei allen Arbiträrklagen, so doch bei den actiones doli und quod

metus causa — zur Bestrafung der contumacia der reine Sachwerth nach subjectivem Maßstabe, nämlich per Jusjurandum in Litem festgestellt werden kann, während der sich anschließende §. 1 cit. noch der Eventualität gedenkt, wo schon bei Anstellung der Klage die Unmöglichkeit der Abschätzung des Klagobjects durch den Judex feststeht. Hier konnte natürlich kein Arbitrium auf Restitution erlassen werden, vielmehr erfolgte solchen Falles eine sofortige Condemnation des Beklagten zu dem id quod intersit actoris, nämlich des reinen Sachwerthes, aber in Gemäßheit des Jusjurandum in Litem.

Gegnerischerseits bezieht man sich vorzugsweise auf

L. 5 D. de in litem jurando XII, 3 (Marcianus lib. 4 Regularum):
„In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei „judiciis in litem juratur."

Aber ganz ohne Grund; denn dies Fragment läßt den Gebrauch des jusjur. in litem doch nur für eine einzige Klage arbiträrer Natur, nämlich für die actio ad exhibendum zu, woraus natürlich kein Schluß auf die ganze Classe sich rechtfertigt. Wohl aber deutet die Voranstellung der actiones in rem und ad exhibendum vor die Classe der bon. fid. judicia entschieden darauf hin, daß der Gebrauch dieses Eides regelmäßig nur da zulässig erscheint, wo Eigenthum zu restituiren oder zu exhibiren ist, wie sich andererseits sogar klare Beweise liefern lassen, daß trotz jener allgemeinen Fassung der betr. Eid weder bei allen bon. fid. judiciis Statt gefunden hat [10]) noch nur bei den positiv bezeugten schlechthin zulässig gewesen ist.

Die eigentlichen Gründe für letztere Annahme sind schon von Schröter[11]) herausgesetzt worden. Insbesondere relevirt, daß der ganze Digestentitel de in litem jurando im Einzelnen nur solcher bon. fid. judicia gedenkt, welche auf ein Restituere gerichtet waren, nämlich der depositi und der tutelae actio[12]): und daß Ulpianus ausdrücklich diesen Eid bei der blos auf Ersatz gerichteten contraria depositi actio versagt[13]).

---

[10]) Gänzlich überzeugt geblieben ist er a. für die actio emti b. für die actio, quae ex permutatione competit. c. für die negotiorum gestio. c. für die familiae herciscundae, e. für die communi dividundo; von letzterer heißt es in l. 10 §. 2 D. X, 1 (Paulus) im Gegentheil geradezu: „In communi dividundo judicio justo pretio rem aestimare debebit judex et de evictione quoque cavendum erit".

[11]) a. a. O. S. 371 fg.

[12]) l. 3, l. 4, l. 8 D. h. t. (Ulpian und Marcellus).

[13]) l. 5 pr. D. depos. XVI, 3.

Aber, so behaupten wir weiter, selbst bei denjenigen act. bon. fidei, bei denen das jusjur. in litem positiv bezeugt ist, hat für die Möglichkeit seines Gebrauchs nicht die allgemeine Voraussetzung des dolus oder der contumacia des Beklagten genügt, sondern stets die besondere, daß der Kläger der Eigenthümer der zu restituirenden Sache sei, hinzutreten müssen. Dies gilt zunächst:

a. für die tutelae actio. Bei ihr kömmt nach l. 4 u. 8 D. de in lit. jur. XII, 3 (Ulpian und Marcellus) der Eid zur Anwendung, wenn der Vormund „rem adulti, quam possidet" nicht restituiren will und nach c. 1. 2. u. 4. Cod. h. t., wenn die Herausgabe von „instrumenta ad puberem pertinentia" verweigert worden ist, auch nach letzterer Stelle gegen den heres tutoris lediglich dann „si instrumenta reperta sunt in hereditate tutoris". Ueber den Fall der l. 7 pr. D. de admin. tut. XXVI, 7 (Ulpian) siehe weiter unten.

b. für die actio depositi directa: denn die Allgemeinheit des Ausdrucks in der Hauptstelle l. 1 §. 26 D. depos. XVI, 3 (Ulpian): In depositi quoque actione in litem juratur" wird sofort durch die unmittelbar nachfolgenden Paragraphen 27, 28, 29

§. 27. *„non solum si servus meus, sed et is, qui bona fide mihi serviat, rem deposuerit, aequissimum erit, dari mihi actionem, si rem ad me pertinentem deposuit."*

§. 28. *Simili modo, et si usumfructum in servo habeam, si id, quod deposuit, ex eo peculio fuit, quod ad me pertinebat, vel res mea fuerit, eadem actione agere potero."*

§. 29. *Item si servus hereditarius deposuerit, heredi postea adeunti competit actio"*

wieder limitirt.

c. für die actio commodati durch das in l. 3 §. 2. D. h. t. (Ulpian): „In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter, in litem jurabitur" wohl nur mit Rücksicht auf diese besondere Voraussetzung gebrauchte „similiter", nach welchem Worte das Komma zu setzen ist, nicht hinter „judiciis".

d. für die actio rei uxoriae, da auch diese auf der Vor-

ausſetzung, daß die Ehefrau Eigenthümerin der noch vorhandenen Dotalſachen geblieben ſei, beruht (l. 30 Cod. de I. D. V, 12).

So bleibt denn von allen Zeugniſſen für die unbedingte Zuläſſigkeit des jusjur. in litem bei den act. bon. fid. (im Falle des Vorhandenſeins der allgemeinen Vorausſetzung) lediglich l. 48 §. 1. D. locati XIX, 2 (Marcellius): „Qui servum conductum, vel aliam rem (non immobilem) non restituit, quanti in litem juratum fuerit, damnabitur", die aber deshalb nicht viel beweiſen kann weil wir, abgeſehen davon, daß die Texteworte auch in anderer Beziehung kritiſirt ſind — das „non immobilem" findet ſich nicht in mehreren Handſchriften — überhaupt ihren näheren Zuſammenhang nicht kennen.

Um aber nochmals auf die oben citirte Hauptſtelle (l. 5 D. h t.) zurückzukommen, ſo nimmt man für die reſtrictive Auffaſſung von „actionibus in rem" auf folgende wichtige Beweismomente Bezug:

1. Steht als Vorausſetzung feſt, daß noch zur Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz „in rem actio" als individueller Name der Eigenthumsklage in Gebrauch war[14]).
2. bezieht ſich Paulus für das jusjur. in litem in der der l. 5 D. cit. doch vorangeſtellten l. 2 D. cit. ebenfalls und ausdrücklich nur auf Klagen „sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agamus."
3. Die Quellen beſtätigen auch ſonſt deſſen Vorkommen bei jeder einzelnen Eigenthumsklage, ſo nach l. 68 u. l. 71[15]) D. de Rei Vindic. VI, 1 (Ulpian) für die Rei Vindicatio, ferner nach l. 7 in fin. D. si servitus vindic. VIII. 5 (Paulus) für die actio confessoria, ſo nach l. 20 §. 21 und l. 25 §. 10 D. de heredit pet. V. 3 (Ulpian) für die Erbſchaftsklage, nirgends dagegen bei den übrigen dinglichen Klagen, ja es findet ſich überhaupt nicht einmal eine Stelle vor, die nur von der doloſen Verweigerung der Reſtitution Seitens eines Eigenthümers gegenüber dem Inhaber eines dinglichen Rechts handelt.

---

[14]) vgl. z. B. l. 1 §. 1 D. de Rei Vindic. VI, 1. (Ulpian); l. 23 pr. D. h t. (Paulus); Gajus IV §. 51, 86, 87, 91. — Savigny a. a. O. S. 30 not. d.

[15]) Die letztere Stelle ſteht offenbar mit der oben angezogenen l. 2 D. XII, 3 in nächſtem Zuſammenhange, denn beide rühren von Paulus her und beide ſind ſeinem lib. 13. ad. sabinum entnommen.

Ganz allgemein heißt es in l. 21 §. 3 D. de pignor. et hypoth. XX, (Ulpianus): *Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest: adversus ceteros etiam pluris*[16])".

Endlich kann es

kaum fraglich sein, daß unter der actio stricti juris, für welche die Quellen in l. 9 D. h. t. (Javolenus) das Jusjur in litem bezeugen, nicht die actio furti, sondern die condictio furtiva, „quae soli domino competit" gemeint ist und diese geht keineswegs, wie die allgemeine Ansicht ist, auf das Interesse, sondern auf das „quanti ea res est, so daß eo plurisve" sich lediglich auf die Abschätzung des Werthes der Sache nach subjectivem Maaßstabe (durch das Jusjur. in Litem) bezieht, der widerstrebende Ausdruck der l. 3 D. XIII, 1: „id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis" aber ebenfalls nicht von dem vollen unbeschränkten Interesse und insbesondere nicht vom Gewinne zu verstehen ist, welchen der dominus sonst noch von der Erbschaft hätte ziehen können, sondern nur von der Erbschaft und deren Werthe allein, wie klar genug der Schlußsatz dieser Stelle an die Hand giebt.

Aus diesen Nachweisen resultiren für die principielle Behandlung der ganzen Lehre folgende Sätze:

1. Das Jusjurandum in Litem hat nicht blos seinen Ausgangspunct vom Eigenthume genommen, sondern sich auch, abgesehen von dem Nothfalle der l. 5 §. 4 D. h. t. niemals über diese Sphäre hinausbewegt. Selbst bei den wenigen arbiträren Klagen in personam, bei welchen der Eid vorkömmt, ist es doch, wie bei den beiden auf Delict beruhenden actiones doli und quod metus causa der bisherige Eigenthümer und bei der actio ad exhibendum nicht etwa der bloße Streber nach dem Eigenthume, welchem das Recht auf diesem Abschätzungsmodus eingeräumt worden ist, sondern nur der wirkliche Eigenthümer oder Miteigenthümer[17]).

---

[16]) In der scheinbar widersprechenden l 16 § 3 D. de pign. XX, 1 handelt es sich um eine vindicatio pignoris" „adversus ceteros posessores".

[17]) Beweise: Außer den Ausführungen im Texte a) die generellen und einleitenden Aussprüche über die Zulässigkeit des Streitwürderungseides bei den einzelnen Rechtsverhältnissen und Klagen erwähnen die actio ad exhibendum nur in Verbindung mit dem Eigenthume (l. 2 pr. D. de in litem jur. XII, 3

2. Den Gegenstand der Abschätzung bildet regelmäßig nur die Sache unter Berücksichtigung ihres Affektionswerthes [18]), ausnahmsweise auch der mittelbare Schaden [19]), niemals das rein negative Interesse des Klägers.
3. Unbedingte Voraussetzung des Eides ist die dolose Nichtrestitution der Sache nach bereits ergangenem Erkenntnisse, also die contumacia des possessor, oder auch das widerrechtliche Verhalten desjenigen, der sich durch dolus (culpa lata) in die Lage nicht restituiren ꝛc. zu können, versetzt hat [20].)

§. 10.

Die einzelnen Actiones arbitrariae.

Wir scheiden zunächst diejenigen Klagen aus, welche bisher allgemein, aber ohne Grund als arbiträr galten, unter kurzer Motivirung dieser Ausscheidung und unter Berücksichtigung der haupt-

---

(Paulus); l. 1. Cod. h. t. V, 53). b) In dem speciellen Digestentitel, welcher lediglich die persönliche actio ad exhib. behandelt, redet Ulpian in l. 3. §. 2 D cit. ebenfalls nur von dem „in litem jusjurandum petitoris.“ c) Vgl. meine Abhandlung über Urkundenedition im Archiv f. civil. Praxis Bd. 54 no. III.

[18]) So auch Donell in Com. Lib. 26 c. 15, Glück, Commt. XII. §. 813; Wetzell, System §. 28 not. 6 S. 180.

[19]) l. 3 D. h. t. (Ulpian).

[20]) Aus l 7 pr. D. de admin. tut XXVI., 7 (Ulpian) geht nicht etwa hervor, daß der Eid auch schon wegen doloser Nichterfüllung besonderer Pflichten zuzulassen ist, sondern es wird dort offenbar vorausgesetzt, daß der Mündel bereits die actio tutelae auf Restitution seines Eigenthums gegen den Vormund angestellt hat. Hierbei soll nun der Feststellung des Werthes durch diesen Eid auch das „id quod pupilli interest“ unterliegen, worunter aber nur das „id quod abest“ zu verstehen sein dürfte, wie beispielsweise in dieser Bedeutung id quod interest noch vorkömmt in l 13 pr. D ratam rem haberi XLVI, (Paulus). — In der Voraussetzung der Eigenthumsreclamation — um dies hier noch nachzutragen — liegt endlich auch der Grund der Unzulässigkeit dieses Eides bei der actio negotiorum gestorum, mit der doch die actio tutelae in den Quellen sonst stets zusammengestellt wird (§ 1 I. de oblig. III. 28; l. 5. D. de oblig. et act XLIV, 7), indem mit jener doch nur das verfolgt werden kann, was der negotiorum gestor aus seiner Geschäftsführung (ex his negotiis l 2 D. h. t.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. l. 19 §. 3 D. h. t; Windscheid, Pand. II. §. 430 not. 9.

sächlichsten Belegstellen der Gegner. Nach dem Vorangegangenen gehören aber unbedingt nicht hierher:

1. Die Rei Vindicatio: denn: a. Das Endziel der Klage und des bei ihr thätigen officium judicis geht auf Erlangung resp. Durchführung der Naturalrestitution, nicht der Geldcondemnation; oder vielmehr: jene, nicht diese bildet ihr normales Endresultat[1]). b. kann dieselbe bekanntlich niemals gegen den wahren Eigenthümer angestellt werden[2]).

Von den gegnerischen Belegstellen enthält a. Cicero in Verrem II. 2. c 12 §. 31 erörterter Maßen nicht die Klagformel für die Rei Vindic. sondern für die zweifellos arbiträre actio Publiciana in ihrer Richtung gegen den quiritarischen Eigenthümer. b. Bezieht sich die sententia generalis der l. 68 D. de R. V. VI, 1. (Ulp.) lediglich auf die Interdicte, die übrigen Eigenthumsklagen und diejenigen bon. fid. Judicia, welche, wie die actio depositi, commodati, locati eine Rückgabe an den wirklichen Eigenthümer erstreben[3]).

2. Die Hereditatis Petitio: a. aus dem sub a für die Rei Vindic. angegebenen Grunde[4]). b. Denn sie geht niemals gegen einen wirklichen heres, sondern nur in eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet[5]).

Die gewöhnlich[6]) angezogenen l. 3, l. 10 §. 1. und l. 57. D. de hered. petit. V, 3. (Gajus und Neratius) enthalten auch nicht die leiseste Andeutung, daß bei dieser Klage officio judicis" eine pecuniaria condemnatio an Stelle der Naturalrestitution in erster Linie eintrete und sind auch sonst völlig beweislos.

3. Die Actio Confessoria: a. weil sie ein jus und nicht eine res corporalis verfolgt. b. weil sie, wenigstens nach älterem Rechte, den Grundsätzen der Rei Vindicatio unterliegt[7]).

---

[1]) l. 68 D. de R. V. VI, 1. (Ulp.); l. 36 D. de liber causa XL, 12 (Papinian); §. 2 J. J. de offic. jud. IV, 17. (Näherer Beweis im § 11).

[2]) l. 9. D. de R. V. VI, 1 (Ulp.); c. 1. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat III, 19.

[3]) cfr. l. 9. in f. D. de R. V. VI, 1 (Ulp.); Gajus IV, 48. — Die bon. fid. judicia meint auch die vielfach angezogene l. 6 §. 2 D. de conf. XLII., 2 (Ulpian) „in dem Passus: „Etsi alia quantunque actione civili vel honoraria."

[4]) l. 68 in fin. D. cit.; §. 2 I. I. cit.

[5]) l. 9, l. 11. §. 1., l. 12, l. 13 pr. § 2, 13, 14, l. 25 §. 8. D. de hered, pet. V, 3 (Ulpian und Gajus).

[6]) Zimmern, a. a. O. S. 199, Savigny, a. a. O. S. 131, not. a.; Rudorf, S. 152 not. 31.

[7]) Dürroi, Arch. f. die civil. Prax. VI., S. 293 fg. Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 10 S. 235.

Die gegnerische l. 7 D. si servitus vind. VIII, 5 (Ulpian) bezieht sich lediglich auf die vor allen übrigen Servituten ausgezeichnete servitus oneris ferendi, durch welche eine obligatorische Verpflichtung zur Vornahme einer Reparatur ohne Weiteres begründet, aber zugleich mit der Servitutenklage verfolgt werden kann. Und lediglich dieses obligatorische Beiwerk, nicht etwa das Servitutenrecht behandelt, dort Paulus. Unter dem „harum actionum" meint er, die spezielle Servitutenklage und die operis novi nuntiatio[8]).

4) Die actio finium regundorum: denn

a. stammt dieselbe aus dem alten Civilrechte[9]).

b. geht sie zunächst nicht auf Adjudication und Restitution, sondern nur auf Feststellung der Grenzen.[10])

Die in der gegnerischen l. 4 § 3 D. fin. reg. X. 1 (Paul) erwähnte Condemnatio betrifft nicht die Hauptsache, sondern lediglich deren Früchte und Accessionen, die nach l. 68 D. de R. V., Vl. 1. (Ulp.) ausdrücklich nicht der Realexecution, sondern nur der Condemnatio unterliegen. Der noch angezogene §. 6 I. I. de offic. jud. IV. 17, aber berührt einen Ausnahmefall und spricht gerade zu aus, daß nur hoc „uno casu" die Adjudication stattfinden solle, nämlich „si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti: quo casu convéniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari". Die Geld-Condemation bildet also in diesem Ausnahmefalle nicht das eventuelle secundäre, sondern das principale Element der Entscheidung, sie ist keine Folge der Nichtrestitution, sondern eine solche der Adjudication.

5) Die actio depositi: denn a. stammt dieselbe aus dem alten Civilrechte;[11]) a. geht sie wegen Restitution niemals gegen den wahren Eigenthümer.[12])

---

[8]) l. 33 de serv. praed. urb. VIII, 2 (Paulus); l. 6 §. 2, 5, 7, l. 7, l. 8 pr. §. 2. D. si serv. vind. VIII, 5 (Ulpian und Paulus) — Glück, Band X S. 16; Mühlenbruch im civil. Arch. XIV, S. 321. Luden, die Lehre von den Servituten §. 20, 51; Steever, de serv. c. III' §. 21, Bangerow, I §. 342 Anm. 2; Leist, die Natur des Eigenthums, S. 129 not. 3; Windscheid, I §. 201 not 3.

[9]) l. 6 §. 7 D servit. vind. VIII, 5 (Ulpian). q. L. D. Tab. VII, 2, 4, 5

[10]) l. 2 §. 1 D. fin. reg. X, 1 (Ulpian).

[11]) L. D. Tab. VIII, 19.

[12]) l. 15, l. 31. §. 1. D. depos. XVI, 3 (Julian und Tryphonin); l. 45 pr. D. de rer. sign. L, 17. (Ulpian).

Geradezu abgesprochen wird der actio depositi der Character einer arbitraria in l. 7 pr. D. de eo quod cert. loc. XIII., 4 (Paulus): „In bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio."

Wenn Savigny[13]) dagegen die letzteren Worte so verstanden wissen will, als enthielten sie nicht die Verneinung einer actio arb. überhaupt (deren Name und Charakter also der depositi actio abgesprochen wäre), sondern dieser bestimmten, vom Praetor besonders angeführten act. arb. de eo, quod cert. loco.: so ist diese Erklärung mindestens eine gesuchte. Freilich läßt sich schwer der Grund einsehen, weshalb im Falle besonderer Stipulation, der Rückgabe eines Depositi certo loco, diese letztere noch speciellere Klage nicht Platz greifen konnte, da sie zweifellos auch mit der Formel: Si quis. Ephesi hominem reddi stipulatus est[14]) Statt fand: der Grund war aber ein ganz prinzipieller und lag jedenfalls darin, daß der Judex bei den bon. fid. judiciis (act. emti, depositi) für die Aestimatio rei lediglich das klägerische Interesse, bei der arbiträren actio de eo, quod certo loco dagegen den beiderseitigen Vortheil der Parteien sich zur Richtschnur zu nehmen hatte. Nicht minder spricht auch gegen Savigny diese Zusammenstellung der actio depositi mit der actio emti, welch letztere er doch ebenfalls als eine nichtarbiträre anerkennt[15]),

Die vulgäre Ansicht stützt sich noch auf l. 1. §. 21. D. depos. XVI., 3 (Ulpianus lib. 30 ad. Edict):

> *Inde scribit Neratius: si res deposita sine dolo malo amissa sit et post judicium acceptum recuperaretur, nihilominus reote ad restitutionem reum compelli, nec deberi absolvi nisi restituat. Idem Neratius ait quamvis tunc demum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis: tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, nisi restituas: quia res apud te est: tune enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habeas"*

und die darin vorkommenden Wiederholungen des „nisi restituat" (5): allein dieselben enthalten nicht, wie Savigny[16]) meint, augenscheinlich wörtliche Anspielungen auf die Fassung der Formel der

---

[13]) a. a. O. S. 131. not. l.

[14]) l. 6. D. h. t. (Pomponius).

[15]) a. a. O. S. 129.

[16]) a. a. O. S. 86 not. 7.

act. arbitr., sondern Ulpian urgirt damit die Nothwendigkeit der Restitution für die Vermeidung der Condemnation auch für Fälle, wo der Depositar den Besitz der Sache zur Zeit der Klaganstellung sine dolo malo eingebüßt habe, wenn nur dessen Wiedererlangung, „post judicium aceptum" nicht bestritten werden könne, der dolus solle dann (aus den Momenten der Rückforderung des Klägers, des Besitzes des Beklagten und des Unterbleibs der Restitution) präsumirt werden.

Der Schlußsatz „tunc enim quaerendum — non habeas" will daher offenbar nur den besondern Beweis dieses dolus ausschließen, wenn man nur das „non" hinter „enim" stellt, dagegen hinter „rem" in Wegfall bringt. Ohne solche Annahme eines Versehens der Abschreiber läßt sich für den Schlußsatz ein annehmbarer Sinn kaum finden.

6. Die actio commodati: aus dem für die actio depositi sub b. angegebenen Grunde[17]).

Eine besondere Belegstelle für die gegnerische Annahme existirt gar nicht: Zimmern[18]) meint nur: „es habe sich bei persönlichen Klagen (actio doli und quod metus causa) die arbitraria formula an die in factum concipirte intentio angeschlossen und auf diese Weise schienen! auch Klagen, die uns als bon. fidei bekannt seien, arbitrariae geworden zu sein, namentlich die depositi und also wohl auch die commodati! — Der nähern Begründung dieser gedachten Möglichkeiten entbehrt aber bis jetzt die Wissenschaft.

7. Die actio redhibitoria aedilitia:

Denn diese geht zunächst nicht auf Rückgabe, sondern im Gegentheil auf Rücknahme der Sache[19]), ihr Zweck ist geradezu resolutio venditionis[20]), während die actio arbitraria die Restitution auf Grund eines Rechtsgeschäfts verfolgt, dessen Integrität regelmäßig unangefochten bleibt.

Völlig bedeutungslos für unsre Lehre erscheint die gegnerische l. 45 D. de aedilit. edict. XXI, 2 (Gajus) schon deshalb, weil die eventuelle Steigerung der Condemnationssumme, die in der Stelle

---

[17]) l. 8 D. commod. XIII, 6. (Pomponius).

[18]) a. a. O. S. 212. Siehe auch Keller, S. 128.

[19]) l. 21 §. 1, l. 23 pr. §. 1, 9, l. 25, l. 31 §. 2—11—15 D. de aedilit. edict XXI, 1 (Ulpian).

[20]) l. 11. §. 5. D. de act. emt vend. XIX, 1 (Idem); l. 13. §. 2. D. de adquir. rer. poss. XXI, 2. (Idem).

hervorgehoben wird, also der Strafcharakter einer speciellen Restitutionsklage niemals, selbst nicht bei den actiones doli und quod metus causa, als ein specifisches Kriterium ihrer arbiträren Eigenschaft erscheint.

Zimmern[21]) und Bethmann-Hollweg[22]) führen auch

8) die actio aquae pluvia arcendae

als eine arbiträre auf, aber ebenfalls ohne gerechten Grund, denn: a. kann diese Klage regelmäßig nur vom Eigenthümer angestellt werden[23]). b. ihr Zweck geht nicht auf Restitution einer seinem Rechte irgendwie unterworfenen res corporalis, sondern auf Wegräumung einer fremden Vorrichtung[24]).

Die gegnerischen l. 6. §. 6. u 8. D. h. t. (Ulpian) vgl. mit l. 24 §. 1. D. eod. (Alfenus) und l. 28. init. D. de prob. XXII., 3. (Labeo) enthalten auch nicht einmal den Schein einer Begründung:

Nichtarbiträr sind endlich auch

9) die actio Publiciana in ihrer Richtung gegen Dritte

und

10) die actio quod metus causa in gleicher Richtung.

ad. 9.: lediglich auf diese specielle Klage bezieht sich l. 7. §. 8. D. h. t. (Ulpian): „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus:" sonach kann auch bei jener in Betreff der Hauptsache nur ein einziges Erkenntniß gefällt worden sein und im Falle des Ungehorsams gegen dasselbe in Gemäßheit des Schlußsatzes der l. 68. D. de R. V. Vl., 1. (Ulpian) nur die Realexecution Statt finden.

ad 10. Ihre Intentio war lediglich in rem coccipirt und das Surrogat der Naturalrestitution (die condemnatio, quanti ea res est) unbedingt bei ihr ausgeschlossen[25]), folglich auch die condemnatio in quadruplum[26]). Eventuell hafteten jedoch bei erfolgloser Realexecution die aus der Verwerthung der nicht mehr vorhandenen Sache angeschafften Gegenstände[27]).

[21]) a. a. O. S. 212.

[22]) a. a. O. S. 287.

[23]) l. 3. §. 4 De aqua et aq. pluv arc. XXXIX., 3 (Ulpian); nur dem Usufructuar steht eine utilis actio zu (l. 22 pr. D. ord. Pompon).

[24]) l. 5, l. 6 §. 6., l. 11 § 3 D. h. 1 (Paulus und Ulpian).

[25]) l. 9. §. 8 D. quod. met. caussa IV, 2 (Ulpian).

[26]) l. 9. §. 6 D. eod. (Idem).

[27]) l. 18 D. eod. (Julian).

Zu der behandelten Klagengattung gehören sonach nur folgende actiones:

1. *Die actio Publiciana* in ihrer Richtung gegen die quiritarischen Eigenthümer: §. *3 1 J. J. de act. IV, 6; l. 4. §. 32 D. de except. doli XLIV, 4* (Ulpian); *l. 24 D. de exc. rei jud. XLIV, 2* (Julian); *l. 63 D. de R. Vind. VI, 1* (Ulpian) *l. 1 2 D. de except. rei vend. et trad. XXI, 3.* (Ulpian und Pomponius); *cfr.* auch *l. 12 §. 2 u. 3 D. de Public. act. 6. 2.* (Paulus).
2. Die *actio Serviana* und *quasi Serviana: §. 31. J. J. cit; l. 21 §. 3. D. de pignor. XX., 1* (Ulpian)[28]).
3. Die *actio doli: §. 31 J. J cit; l. 18 pr. D. h. t.* (Paulus).
4. Die *actio quod metus causa §. 31 J. J. cit., l, 14 §. 4 u. 11 D. h. t.* (Ulpian).
5. Die *actio ad exhibendum: §. 31. J. J. cit; l. 3. §. 1 und 2 D. h. t. X. 4* (Ulpian).
6. Die *actio de eo, quod certo loco: §. 31 u. §. 33 J. J. cit; l. 2 pr. u. §. 8, l. 3, §. 8 l. 4 §. 1, l. 7, l 8, l. IO D. h. t.* (Ulpian, Gajus, Paulus und Africanus); *l. unnic. Cod. III, 18.*

Gerade diese Klage hat von jeher die meisten Bedenken über Begriff und Tendenz der act. arbitr. hervorgerufen, so daß ihretwegen in älterer[29]) wie in neuerer Zeit, eine doppelte Natur dieser Klagengattung angenommen wurde.

Noch Savigny[30]) hält unter der Behauptung, daß bei Verweigerung der Erfüllung des wörtlichen Inhaltes der Stipulation für den Verklagten bei dieser Klage Verurtheilung in ein möglicherweise sehr hohes, selbst indirectes Interesse eintrete, dafür, daß in dieser Klage die Anwendung einer für ganz andere Zwecke und Fälle eingeführten Proceßform auf einen Fall liege, worin es darauf angekommen sei, die besondere Unredlichkeit eines Stipulationsschuldners wirksam zu bekämpfen, der sich hinter den Buchstaben des Rechts versteckt habe, um sich seiner Verpflichtung zu entziehen! Diese Ansicht wird einfach widerlegt durch den von uns gelieferten Nachweis, daß die actio arbitr. eine Art Strafklage unbedingt nicht ist.

---

[28]) Ueber die allgemein, aber irrthümlich angezogene l. 16 §. 3 D. h. t. (Marcian) Siehe ob §. 9. not. 21.

[29]) Siehe oben §. 3.

[30]) S. 132. 133.

Aber selbst der neueste Bearbeiter dieser Lehre, Bethmann-Hollweg kommt der Wahrheit nicht viel näher. Derselbe erachtet[31]) die Aufstellung dieser Klage an Stelle der condictio certi und triticaria, wenn das Geben an einem bestimmten Orte geschehen sollte, für eine völlige Anomalie von dem Grundprincipe der act. arbitr., das in der höhern Condemnation zur Strafe des Ungehorsams liege; erklärt sie sich daraus, daß der Prätor, wenn es der Befriedigung eines practischen Bedürfnisses gegolten, sich an den Schulbegriff der act. arbitr. nicht gebunden erachtet habe und meint, daß die Behandlung dieses Falles den andern nur insofern gleich sei, daß der Arbiter, wenn an einem andern, als dem Erfüllungsorte geklagt werde, in seiner Condemnation das Ortsinteresse zunächst zu Gunsten des Beklagten, dann auch des Klägers berücksichtige oder durch Auferlegung einer Caution die Leistung an jenen erzwinge."

Für des Richters Pflicht einer vollständig gleichmäßigen Berücksichtigung des Interesses beider Theile bei der Litis aestimatio sprechen nun aber nicht blos die von Bethmann-Hollweg angeführten Belegstellen[32]), sondern insbesondere noch l. 8 D. h. t. (Africanus) und l. unica Cod. III, 18.

Dagegen widerstrebt der Auffassung dieser Klage als einer völligen Anomalie von dem Grundprincipe dieser Klagenart entschieden der Umstand, daß gerade deren arbiträre Natur fortwährend und ohne die leiseste Hindeutung auf irgend eine Modification des Grundprincips von den Quellen urgirt wird[33]).

M. E. theilt nun die actio de eo, quod certo loco alle und jede Voraussetzung und Eigenheit der übrigen act. arb. bis auf die einzige Modification, welche in der Erstreckung (oder vorzugsweisen Anwendung) dieser Klage auf res quae numero, pondere vel mensura consistunt, liegt.

Denn

a) ist auch sie prätorischen Ursprungs[34]).

b) kann auch sie nur gegen den Eigenthümer gerichtet werden[35]).

---

[31]) S. 290.

[32]) nämlich l. 2 pr §. 8, l. 3. D. h. t. (Ulpian und Gajus).

[33]) Die Stellen in nota 31 und l. 4 §. 1, l 7, l. 8, l. 10 D. h. t. (Ulpian, Gajus, Paulus und Africanus).

[34]) l. 1 pr. und in finc. D. h. t. (Gajus).

[35]) l. 5, l. 6 D. h. t. (Paulus und Pomponius).

c) nur auf Grund einer zur Hin- oder Rückgabe von Eigenthum verpflichtenden obligatio stricti juris[36])

d) kommen auch bei ihr 2 Erkenntnisse vor.

In Ausführung letzteren Punktes, sowie über Veranlassung, Tendenz und Verhandlung der Klage diene noch Folgendes:

Die nächste und einzige Ursache ihrer Erfindung liegt in der Beschränkung des Gebrauchs der condictiones certi und triticaria bei dem Judex des Ortes der versprochenen Leistung in Verbindung mit dem Thatumstande, daß der Schuldner sich nach der Promissio oftmals an dem Orte derselben nicht betreffen ließ[37]). So wurde es practisches Bedürfniß[38]), dem Gläubiger die Klage auch an einem andern Orte zu gestatten. Bei der Verschiedenartigkeit der Preise der Sachen und des Zinsfußes an den verschiedenen Orten mußte aber wiederum dem Gläubiger ein Vortheil und dem Schuldner ein Nachtheil oder auch umgekehrt erwachsen, der wider alle Intentionen des Vertrags war, wenn der Richter in seinem Urtheile für die Litisaestimatio einseitig nur auf den Werth der Sachen am Orte des zu

---

[36]) Die Klage geht nur auf ein Dare oder Reddere, (l. 2 §. 1. 2. 6. 7., l. 5, l. 6, l. 8 D. h. t. Ulpian, Africanus) und niemals auf ein Praestare, also nicht auf gegenseitige Leistungen wie bei den bon. fid. judiciis (l. 7. D. h. t. Paulus). Der Beweis aber, daß Dare und Reddere hier nur im engern und strengern Sinne von: rem ita dare vel retro dare, ut fiat accipientis zu nehmen ist, liegt abgesehen von l. 5 und l. 6 D. h. t. noch in folgenden speciellen Momenten: a) in der nahen Verwandtschaft der actio de eo quod c. l. mit der actio triticaria, die doch nach klaren Quellenzeugnissen auf ein streng juristisches Dare gerichtet ist (l. 1 pr. §. 1. D. de cond. tritic. XIII, 3 (Ulpian). Insbesondere ist im §. 1 cit. das dare fundus vectigalis nicht von dem dare einer Emphytensis oder eines jus in agro vectigali, sondern von der Eigenthumsübertragung eines fundus, welcher vectigalis ist, die Rede: (Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. X., S. 241 not. 3. b) Die Reddendi obligatio ist stets eine wahre Dandi obligatio: l. 94 D. de verb. sign. L. 16 (Celsus). c) In l. 7 §. 1 D. h. t.: „Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit" stellt Paulus keineswegs ganz allgemein auch stipulationes ad faciendum den im Principium der Stelle gedachten obligationes ad praestandum gegenüber, sondern es hat der §. 1. eine blos formelle Bedeutung, in sofern nämlich dadurch auf den synonymen Gebrauch des tradere für das in der ursprünglichen Formel angewendete dare hingewiesen werden soll. Und man muß nun so mehr die Richtigkeit dieser Auffassung behaupten, als ja auch der, welcher sich stilpulationsmäßig zu einem Dare im Sinne der Eigenthumsübertragung verpflichtet, bei res mancipi implicite, bei res nec mancipi aber, die doch hauptsächlich die Gegenstände der speciellen act. arb. bildeten, lediglich ein Tradere verspricht. (l. 11, §. 2 D XIX, 1.)

[37]) l. 1 D. h. t. (Gajus).

[38]) l. 1 in fine D. h. t.

fällenden Erkenntnisses sah. Deshalb[39]) wurde es dem Richter zur Pflicht gemacht, eine Ausgleichung der verschiedenen Interessen vorzunehmen, so daß unter Umständen selbst der nur mittelbare Schaden, ja für den Fall, wo der Kläger Handel trieb, selbst der Ersatz des entgangenen Gewinnes mit in die Berechnung gezogen (l. 2. §. 8. D. h. t), in allen Fällen aber die Condemnationssumme auf den Werth der Sache am versprochenen Erfüllungsorte reducirt oder erhöht wurde[40]).

Indem aber der Arbiter strenge Anweisung hatte, bei dieser Klage diejenige Litisaestimatio[41]) herbeizuführen, welche der Quantität des Contracts[42]) unter Berücksichtigung der verschiedenen Ortspreise[43]), also dem beiderseitigen Interesse[44]) entsprach, harmonirt dieselbe vollständig mit der Tendenz aller übrigen act. arb. die niemals darin besteht den Beklagten durch eine in Aussicht gestellte höhere Condemnation zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in natura zu nöthigen, sondern bei Ermangelung der Naturalleistung ein Geldsurrogat nach dem Maßstabe des wahren Werthes der Sache für den Empfangs- resp. Restitutionsberechtigten festzustellen.

Den sonstigen Eigenheiten der act. arb. entsprach endlich auch die Einrichtung und Verhandlung dieser Klage: denn der Arbiter hatte hier ebenfalls zunächst ein Arbitrium, nämlich eine Entscheidung über die Verpflichtung des Beklagten zur Erfüllung der stipulatio, also über das Dare oder retro Dare zu fällen und dem letztern bei Geldleistungen eine Cautionsleistung „pecunia ibi solvenda ubi promissa est" aufzugeben.

Kam er diesem Befehle nach, so erfolgte eine Freisprechung[45]). Bei Nichtbefolgung dagegen ging das Arbitrium in ein Judicium über und erfolgte nunmehr die Condemnatio in den Werth der zu restituirenden Gegenstände.

7) die actio, si ager vectigal petatur. Positive Belege fehlen zwar hierüber: nichts desto weniger nehme ich deren arbiträre Natur ganz unbedenklich an wegen §. 31 J. cit.: „veluti Publiciana — in his omnibus actionibus et ceteris similibus" in Verbindung mit l. 12 §. 2 und 3 D. de Public.

[39]) l. 3 D. h. t. (Idem).
[40]) l. 2 §. 8 D. h. t. (Ulpian).
[41]) l. 8 D. h. t. (Africanus).
[42]) l. 2 §. 8 D. h. t.
[43]) l. 3 D. h. t.
[44]) l. 2 pr. D. h. t., l. unica Cod. III, 18. —
[45]) Gajus IV. 163; l. 4 §. 1. D. h. t. (Ulpian; vgl. auch l. 14 §. 5. D. quod metus caussa (Idem).

act. VI, 2 (Paulus). Dasselbe gilt wegen letzterer Stelle (§. 3 cit.).

8) von dem interdictum de superficiebus (Dig. XLIII, 18), dessen Erfindung zum Zwecke seiner recuperatorischen Function nach l 1 §. 1. D. cit: „ — et quia melius est possidere potius, quam im personam experiri" und nach §. 2 ejusd. loci. „et qui superficiem petit" nicht wohl geleugnet werden kann[46]).

Zweifelhaft bleibt lediglich die arbiträre Natur der

actio Faviana.

Zwar scheint hiefür die allgemeine Fassung der Institutionenstelle: „veluti quibus de eo agitur, quod (vi) ant metus causa, ant dolo malo factum est" und die Eigenschaft der Klage als einer prätorischen actio in factum, die eine Restitution (in weitern Sinne des Wortes) herbeiführen kann, zu sprechen.

Auch nimmt man allgemein hiefür Bezug auf l. 5 §. 1. D si quid in frandem patroni XXXVIII. 5: allein das von Paulus für diese Klage hier bezeugte jusjurandum in litem ist ja erörtertermaßen keine Eigenheit der act. arb. sondern lediglich derjenigen Klagen „quibus nostrum petamus"[47]). Und eine Art Erbschafts-, also auch Eigenthumsklage ist trotz l. 1. §. 16 D. cit. die Faviana immer, wenn bei ihr auch nicht die Fiction eintrat, rem in bonis liberti mansisse[48]).

Bedenklich erscheint mir endlich, daß Paulus bei einer ganz passenden Gelegenheit, nämlich in l. 18 pr. D. de dolo malo IV. 3: wo er das (ausnahmsweise) Vorkommen des jusjur. in litem bei den arbiträren actiones doli und quod metus causa constatirt, kein Wort über die Faviana verliert, obschon diese doch nicht blos die allgemeinen Voraussetzungen der actio doli, sondern auch das Jusjurandum in Litem mit ihr theilt und der besondere Fall einer contumacia des Beklagten (als nothwendige Bedingung für jenes Beweismittel) ganz in der nämlichen Weise auch bei ihr eintreten konnte.

---

[46]) a. M. dennoch Schröter in der Zeitschr. f. Civilr. a. Proc. II. S. 249.
[47]) l. 2 D. de in litem jur. XII, 3.
[48]) §. 6 J. de act. IV. 6.

§. 11.

Die Naturalreſtitution.

Der weſentliche Irrthum bei der jetzt allgemein verbreiteten Auffaſſung Savigny's, welcher die Bedeutung der act. arbitr. referirtermaßen (§. 3) in die indirecte Beförderung der Naturalreſtitution ſetzt und die ganze Anſtalt nur als einen dem Arbiter vorgeſchriebenen Vergleichsverſuch anſieht[1]), liegt in ihrer Hauptvorausſetzung, daß nämlich ein hartnäckiger Beklagter ſelbſt den ſiegreichen Eigenthümer ſtets zur Abtretung der dieſem gebührenden Sache gegen baares Geld habe nöthigen können.

Weiſen wir jetzt dieſen Irrthum nach, ſtellen wir feſt, daß in Rom die Eigenthumsidee nicht blos mit dem Beſitze die practiſche Spitze nicht einbüßte, ſondern dann erſt recht ſich in ihrer individuellen Eigenartigkeit zeigte, die ſie mit keinem andern Rechtsgebilde theilt.

Die Anſicht, daß im römiſchen Rechte von jeher und auch zur Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz bei allen Eigenthumsklagen in dem Falle, wo dem verurtheilten Beklagten zwar nicht die natürliche Lage, ſondern nur der gute Wille zu reſtituiren abging, ein directer Zwang auf die Sache ſelbſt ſtattgefunden habe, war früher ganz allgemein verbreitet und fußte auf der l. 68 D. de R. V. VI, 1:

> Ulpianus *libro L. 1. ad Edictum: „Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque caussae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fiet, quomimus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est.*

---

[1]) a. a. O. S. 122.

Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones, in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet."

In der That stellt diese Lex diesen von der Natur des Rechtsverhältnisses absolut gebotenen Executionsmodus uns mit solch musterhafter Klarheit vor Augen und bringt auch für die übrigen Eventualitäten bei Realisirung des Urtels so zweckmäßige und lichtvolle Normen, daß eine bessere Harmonie zwischen den einzelnen Rechtsgedanken und dem sie fixirenden Ausdrucke sich kaum denken läßt.

So kam es denn auch, daß in der frühern Zeit nur Anton Faber behauptete, diese ganze Stelle sei von Tribonian untergeschoben, noch dem Ulpian sei eine Wegnahme von Sachen völlig unbekannt gewesen, als einziges Zwangsmittel habe nur der Streitwürderungseid gedient[2]), ohne jedoch Zustimmung zu finden.

Nach der Wiederauffindung des Gajus wurde aber jene gemeine Meinung durch folgende Stelle alterirt:

IV. §. 48.: „*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum: judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, aestimata re pecunia eum condemnat.*"

Auf Grund dieser Stelle, ferner der unrichtigen Annahme, daß die Digesten als Folge des non Restituere immer nur das Jusjurandum in litem anführten, auch da, wo die Erwähnung der Realexecution noch so nahe zu liegen scheine, ja, daß einige Stellen die Unmöglichkeit jedes directen Zwangs bestimmt voraussetzten und endlich in Erwägung, daß dem judex doch kein imperium zugestanden, welches ihn zur Erzwingung der Naturalrestitution berechtigt habe, setzte sich in der That in neuerer Zeit die Ansicht fest, daß das classische römische Recht den directen Zwang auf Leistung der Sache selbst nicht gekannt habe.

Die Unhaltbarkeit der sämmtlichen angeführten Gegenbeweisgründe hat jedoch bereits Ziebarth[3]) in ebenso umständlicher, wie

---

[2]) vgl. Ziebarth, S. 63 §. 7.

[3]) a. a. O. S. 66—87 nach Vorgang von J. Gothofredus ad L. unica Cod. Theod. de offic. jud., Ribbentrop Dissert. cit. pag. 4 299. pag. 14—18, und Zimmern, a. a. O. §. 65 not. 13.

großentheils auch überzeugender Weise dargethan, daß man sich auf eine Verweisung hierauf beschränken könnte.

Vollständig schlagend ist m. E. in dessen Deductionen die Bezugnahme auf den Umstand, daß die Schriften der Juristen und die Formeln des Praetors doch wesentlich die Judices (Geschwornen) vor Augen hatten und nur deren Obliegenheiten zunächst gedachten, so daß von diesem Gesichtspunkte aus die bloße Erwähnung der Condemnatio und nicht der manus militaris vollständig in Ordnung ist, ferner sein Hinweis darauf, daß nach classischem Rechte, namentlich bei den Interdicten auch der bloße judex die Ermächtigung an die Officialen zum Einschreiten ertheilte. Ich verweise dieserhalb insbesondere noch auf Gajus IV. §. 139. 141. und behaupte ferner, daß von den Digestenstellen, welche nach Annahme der Gegner das Jusjurandum in litem als einzige Folge des non Restituere nennen sollen, wie sie Ziebarth selbst[4]) im Tenor anführt, sechs dies entschieden nicht aussprechen, sondern nur von der Verurtheilung in das „quanti ea res est" reden, so insbesondere Ulpian, l. 36. D. de pec, XV, 1; Marcian, l. 16. § 3. D. de pignor. XX. 1.; Ulpian, l. 14. §. 1. u. 4. D. quod. met. caussa IV. 2; Paulus, l. 4 §. 3. D. fin. regund. X. 1, §. 31. J. J. de act. IV. 6. und §. 3. J. J. de offic. jud. IV. 7.

Aber auch die übrigen drei Stellen, nämlich Marcellus, l. 8 D. de in litem jur. XII, 3; Paulus, l. 73 D. de fidej. XLVI, 1 und (Idem) l. 18 D. de dolo mal. IV, 3 beweisen für die Gegner nicht das Geringste. Denn abgesehen davon, daß es in der zweiten Stelle noch sehr fraglich erscheint, ob das „magno condemnandus est" mit Nothwendigkeit gerade auf das jusjur. in litem hinweiset, beziehen sich doch offenbar alle drei Stellen lediglich auf die Fälle eines besondern Ungehorsams des Verurtheilten; die dritte insbesondere bescheinigt zwar das Vorkommen dieses Beweismittels auch bei einer einzelnen act. arbitr. aber doch nur einer von einem frühern Eigenthümer auf Restitution seines Eigenthums angestellten, und ebenfalls nicht als nächste Folge des bloßen non restituere, sondern als besonderer Nachtheil der contumacia, mithin wie im Falle der l. 68 D. cit. ausdrücklich angegeben wird, nur als Folge einer dolos erweise herbeigeführten Unmöglichkeit der Restitution.

Was nun nochmals diese letztere Lex betrifft, so ist deren Unächt-

---

[4]) a. a. O. S. 77 und fgd.

heit auch durch die neueren Behauptungen von Savigny[5]), Wetzell[6]), Dernburg[7]) und Bethmann-Hollweg[8]), keineswegs dargethan. Vgl. dagegen Ribbentrop[9]), Zimmern[10]) und neuerdings Ziebarth[11]). Der am meisten als Emblem verdächtige Schlußsatz involvirt auch m. E. in dem beirrenden Passus: „Haec sententia generalis est" nicht etwa eine Ausdehnung der im Fragmente vorgetragenen Grundsätze insbesondere auch auf die doch den natürlichen Gegensatz der Vindicationes bildenden (§. 3) und gegen die Person des Eigenthümers gerichteten act. arbitr. sondern lediglich eine solche auf die übrigen Eigenthumsklagen (außer der Rei Vindicatio) sowie auf die persönlichen Restitutionsklagen des Eigenthümers, wie die actiones depositi, commodati, locati.

Für die Durchführung der Naturalrestitution bei den Eigenthumsklagen dagegen gibt aber auch noch[12])

> *l. 36 D. de liber. causa XL. 12* (Papinianus, *lib.* 9 *Respons*): *„Dominus qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur"*

einen positiven Beleg ab. Sie spricht mit klaren Worten aus, daß in dem Vindicationsprocesse über einen Sclaven die Durchführung der Naturalrestitution das oberste Recht des siegreichen Klägers bilde, dessen Ablösung durch die Litisaestimatio er sich nicht gefallen zu lassen brauche.

Bethmann-Hollweg zwar[13]) versteht die Stelle restrictiv nur von der Befugniß zur sofortigen Execution, welche der Sieger in dem Streite über einen Sclaven unter dem Schutze der Obrigkeit ausüben könne und betrachtet dieses angebliche außerordentliche Recht des dominus nur als eine singuläre Wirkung des Urtheils in dieser, in Form eines praejudicii eingeleiteten Statusklage: allein der dann

---

[5]) S. 123. not. d.
[6]) Vind. Proc. S. 126 fg.
[7]) Pfandr. II. S. 310.
[8]) der röm. Civilproc. II. S. 698 fg.
[9]) com. ad. l. 16 §. 5. D. de pign. et l. 9 §. 1. D. de exc. reijudic.
[10]) R. G. III. §. 65. S. 198.
[11]) S. 66 fg.
[12]) Verwiesen wird daneben außerdem auf Cicero in Verr. II. 12, l. 9, l. 58. D. de R. Vind. VI, 1 (Ulpian et Paulus) — Zimmern, R. g. III. S. 918; Rudorf R. g. II. §. 92. not. 14.
[13]) a. a. O. S. 336., 658.

fehlende rechte Einklang zwischen Vorder- und Nachsatz in Verbindung mit dem Umstande, daß auch die leiseste Andeutung einer Renitenz des Beklagten gegen das Urtheil in der Stelle ermangelt, läßt diese Auffassung als eine in den Worten nicht liegende sehr freie Abstraction erscheinen.

Ebenso klar läßt sich hierüber

L. 5 Cod. VII, 65. (Impp. Valens, Gratianus und *Valentinianus)*

in den entscheidenden Worten aus: *ut si res mobilis sit, ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta.*" — Uebrigens ist der directe Zwang dem römischen Rechte auch sonst nicht unbekannt, indem er insbes. zur Durchführung der Missiones in bona ex secundo decreto Praetoris regelmäßig neben dem interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est stattfand. (Vgl. l. 15 §. 23 D. damni iuf. XXXVI 2 (Ulpian); l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. XXXVI, 4 (Idem); l. 3 pr. §. 1 D: ne vis fiat ei, qui XLIII, 4 (Idem) Wetzell, System des Civilproc. §. 50 S. 492. —

Gegnerischerseits bezieht man sich außer auf die bereits im §. 4 gewürdigte Gajusstelle neuerdings vorzugsweise auf die ebenfalls argverkannte l. 3 §. 2 D. de rebus eor. XXVII, 9, die im ganzen Zusammenhange lautet:

Ulpian lib. 35 ad Edictum:

§. 1) *Pignori tamen capi jussu magistratus vel Praesidis, vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest, et jus pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti, ut procedat juberi etiam possideri poterit; hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate.*

§. 2) *Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat; et magis est ut pariat, haec enim alienatio non sponte tutorum fit.*

§. 3) *Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuiit it contra pupillum pronuntiatum tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei judicatae auctoritatem.*"

Bethmann-Hollweg[14]) nimmt nun unter Hinweis auf Zimmern[15]), welcher die Stelle zuerst als Bedenken gegen die Erzwingung der Naturalrestitution geltend machte und sie ungenügend durch die Annahme beseitigte, daß die Restitution unmöglich sei, an: der §. 2 cit. schließe die Wahl des Klägers zwischen der Litisaestimatio und der auf die Sache selbst gerichteten Execution, also die Möglichkeit der letztern aus und geht dabei mit den übrigen Schriftstellern[16]) von der unrichtigen Voraussetzung aus, die angestellte Klage sei die Rei Vindicatio gegen den dritten Besitzer, der das vindicirte Mündelgrundstück nicht herausgegeben, vielmehr die Litisaestimatio angeboten habe.

Dieser Auffassung widerstrebt aber nicht blos der Zusammenhang mit dem §. 1. cit.: wie mit dem Principium des Fragments, worin lediglich vom Pfandrechte an Mündelgrundstücken die Rede ist, ganz unverkennbar, sondern auch die einigermaßen bedenkliche Construction des Satzes, insbes. die Anwendung doppelter Passiva unmittelbar nebeneinander in Bezug auf ganz verschiedene theilweise unbestimmt gelassene Subjecte, des „petitus sit" auf den vindicirenden Vormund des „nec restituatur" auf den dritten Besitzer.

Nein, die angestellte Klage ist nicht die Rei Vindicatio, sondern m. E. die arbiträre actio quasi Serviana seu hypothecaria.

Bei dieser Annahme verursacht die nähere Erklärung der Stelle nicht blos keine Schwierigkeiten, sondern es harmoniren auch dann Inhalt und Fassung auf das Beste miteinander. Denn bei der hypothecaria tritt unter den Voraussetzungen der Nichtzahlung oder der Nichtrestitution lediglich die Litisaestimatio und nicht ein Zwang auf Naturalrestitution ein[17]). Wenn also ein Vormund, der das Arbitrium auf Restitution aus irgend einem Grunde nicht beachtet hatte, statt deren die Litisaestimatio anbot, so wurde hierdurch eine alienatio fundi erzeugt[18]), deren Gültigkeit gegenüber dem durch die Oratio Divi Severi eingeführten Verbote der eigenmächtigen Veräußerungen von Mündelgrundstücken von Ulpian durch den Schlußsatz des §. 2. cit. „quia non sponte tutorum fit" gerechtfertigt wird.

---

[14]) a. a. O. S. 699.

[15]) a. a. O. S. 198. Anm. 10.

[16]) vgl. insbes. noch Ziebarth, S. 82.

[17]) l. 21 §. 1 D. de pign. XX. 1. (Ulpian); l. 16 §. 3 D. h. t. (Marcian).

[18]) l. 1, l. 3 D. pro emt. emt. XLI, 4 (Gajus u. Ulpian); l. 22 pr. D. de act. rer. amot. XXV, 2 (Julian).

Ganz die nämliche Motivirung wendet dann der Jurist noch für den Fall des §. 3. cit. daß nämlich ein sachlich unrichtiges Arbitrium auf Restitution ergangen war, an: auch hier soll die „rei judicatae auctoritas" der Veräußerung des Mündelgrundstücks den Character einer eigenmächtigen entziehen.

Endlich ist noch der Ansicht entgegen zu treten (vgl. insbesondere Ziebarth S. 73. 85) daß bei den Eigenthumsprocessen die Naturalexecution gewissermaßen nur so neben der Geldcondemnation hergelaufen sei und die Wahl dieses oder jenes Befriedigungsmodus ganz in der Wahl des siegreichen Vindicanten gestanden habe.

Die Hauptstelle l. 68 D. cit. kennt als normalen Executionsmodus nur die Naturalexecution; l. 21 §. 4 und 7 D. de O. N. N. XXXIX, 1. (Ulpian) aber, auf welche Ziebarth verweiset, ist ganz offenbar interpolirt[19]) und der Zusatz: „si hoc petitori placuerit" nur wegen §. 7 ejusd. legis hinzugekommen. Also: Nicht die Wahl zwischen der Naturalexecution und der Geldcondemnation steht dort in der Kläger („plurium") Belieben, sondern deren arbitrium hat Spielraum bei Bestellung der prätorischen Caution: sie können eine stipulatio auf das „quanti ea res est" aber auch noch mehr, nämlich eine solche auf das „uniuscujusque interest" beanspruchen.

§. 12.

Heutige Anwendung.

Ueber den Werth des arbiträren Principes für die heutige Anwendung äußert sich Savigny[1]) dahin:

> Das Wichtigste bei der act. arbitr., die indirecte Beförderung der Naturalrestitution ist schon! im Justinianischen Rechte verschwunden, da nach demselben eine solche durch Execution unmittelbar erzwungen wird? Eine Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung, um der nachtheiligeren Verurtheilung zu entgehen, wäre freilich auch jetzt noch denkbar, allein diese Anstalt ist unserm heutigen gemeinen Processe gewiß völlig fremd.

---

[19]) Auch Bethmann-Hollweg S. 699 nimmt dies an.

[1]) a. a. O. S. 145 fg.

Ja es ist sehr möglich, daß sie auch schon zu Justinians Zeit nicht mehr vorkam und daß der §. 31. J. de act., der darauf hinweiset, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist! aus dem alten Recht der act. arbitr. ist also nur noch der Satz übrig, daß in den Fällen derselben der Eid in litem vorzugsweise! als ein Vorrecht des Klägers vorkömmt."

Von allen diesen Behauptungen Savigny's trifft m. E. kaum eine das Richtige.

Sowohl in Betreff der principiellen Hauptpunkte, wie hinsichtlich des Streitwürderungseides glauben wir nämlich durch unsre Untersuchungen auch die Nachweise geliefert zu haben:

a) daß die indirecte Beförderung der Naturalrestitution nur ein Mittel des Ausgleichs zwischen den Inhabern verschiedenartiger Rechte an der nämlichen Sache und niemals den eigentlichen Endzweck der arbiträren Behandlung gewisser Klagen abgegeben hat.

b) daß die Naturalrestitution stets den normalen Executionsmodus bei den Eigenthumsklagen bildete, bei den in einem gewissen Gegensatze stehenden act. arbitr. dagegen stets zunächst nur die schon von Callistratus in l. 31 pr. D. XLII, 1. bezeugte Pignoris capio für die Einziehung der Litis aestimatio in Anwendung kam.

c) daß das Jusjur. in litem überhaupt niemals zu den Eigenthümlichkeiten der act. arbitr., sondern nur derjenigen actiones, quibus nostrum petamus (im weitern Wortsinne) sowie der Interdicte[2]) gehört hat.

Die fernere Behauptung Savigny's aber, die Anstalt der act. arb. sei im Großen und Ganzen schon zu Justinians Zeit antiquirt gewesen und der §. 31 J. cit. gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden, entbehrt selbst jeden Scheines von Begründung: Und so gerechtfertigt auch sonst die Bedenken der heutigen Schriftsteller gegen die juristische Durchbildung des Tribonian und den Umfang seiner Rechtskenntnisse sein mögen, die Fähigkeit wenigstens, das Veraltete von dem noch Bestehenden auf einem für das materielle

[2]) Diese Wahrnehmung bildet wiederum ein wichtiges Indicium dafür, daß der Rechtsgrund des Besitzesschutzes in der Auffassung des Besitzes als Eigenthumsposition liegt.

Recht so überaus wichtigen Punkte zu sichten, hätte man ihm doch unangetastet lassen sollen.

Aber freilich hatte ja Savigny noch gar keine Ahnung von der Wichtigkeit des Grundgedankens des Institutes und genügte ihm die Vertretung eines solchen, den man allenfalls gelten lassen könnte, wenn die Klagobjecte nur in Lieblingssclaven, natürlichen Kindern oder sonstigen Affectionsgegenständen bestanden hätten und die Durchführung des betreffenden Zwecks lediglich für die Eigenthumsklagen festgehalten worden wäre.

Nach unsern Ausführungen bildet nur der Conflict des absoluten und des relativen Rechts, der nothwendige Ausgleich zwischen dem wirklichen Eigenthümer und dem Inhaber eines Jus in re oder Jus ad rem Veranlassung wie Gegenstand der arbiträren Behandlung gewisser Klagen und als oberste Norm für diesen Ausgleich hat nur die Abstraction gedient, daß das Eigenthum als das einzige absolute Recht auf dem Gebiete des reinen Vermögensrechtes ein auf directem Wege unantastbares Bollwerk des civis Romanus enthalte, für den ersten Angriff ein ἀγαθὸν ἄαπτον abgebe, wogegen alle übrigen Sachenrechte relativer Natur seien und diese Relativität dem Eigenthume gegenüber durch ihre Ablösbarkeit (Litis aestimatio), also in dem Ersatze durch Geld äußerten, für welch letztere lediglich der objective Werth der Sache und die materielle Bedeutung des zur Ablösung gelangenden Rechts in Betracht komme.

Der Durchführung dieser Abstractionen auch im modernen Rechtsleben gebührt aber gewiß die nämliche Berechtigung, die sie zur Zeit des Ulpian und Paulus besaß. Denn so wenig einerseits im römischen Rechte ihre Ausbeutung zu egoistischen und politischen Nebenzwecken der civi Romani verkannt werden kann, so beruhen sie doch andererseits auf der auch von der heutigen Wissenschaft[3]) vertretenen Grundauffassung des Eigenthums als des subjectivirten Objectiven, d. h. nach meiner Vorstellung des vom Willen des Subjects beherrschten und wenn auch nicht materiell und definitiv[4]), so doch in dessen geistigen Empfindungen und Stimmungen, also sensitiv und temporär

---

[3]) vgl. Wirth, Beiträge z. System d. röm. Rechts. §. 19—23. S. 39; Leist, civil. Studien III. insbes. S. 11. 25. 46. 78. 132.

[4]) Eine vollständige Assimilation des Subjects und Objects, eine materielle Gleichheit und Einheit beider, wie sie Leist a. a. O. annimmt, müßte ja im Gegentheil dem Subjecte das Bestimmungsrecht über das Object mit Nothwendig-

mit ihm verbundenen Unpersönlichen, sowie auf der gerechten Schonung dieser sich (in diesem Punkte) mit der Sache identificirenden Seelenkräfte der Empfindung und des Willens, welche da, wo sie das Gebiet des Bonum et Aequum verlassen, also im Conflicte mit dinglichen Rechten, oder gegenüber solchen Obligationen und Delicten, welche den Eigenthümer zu einem Dare oder Restituere verpflichten, durch die eventuelle Condemnatio (quanti ea res est), also durch indirecte Einflüsse wohl in die rechte Bahn zurückgeleitet, niemals aber vollständig ignorirt und in erster Linie niemals durch unmittelbaren Zwang gänzlich gebrochen werden dürfen.

Auch existiren in der That die Rechtsgebilde, bei denen jener Widerstreit mit dem absoluten Rechte statt fand, mit ihren ursprünglichen processualen Eigenheiten, noch alle mit einziger Ausnahme desjenigen, zu dessen Auseinandersetzung mit dem plenum dominium das arbiträre Princip wohl erfunden und vielleicht am Meisten angewandt worden sein mag, nämlich das bonitarische Eigenthum.

Dagegen unterliegt die actio quasi Serviana seu hypothecaria in ihrer Richtung gegen den Schuldner selbst auch h. z. T. noch den Gesichtspunkten des alten Rechts der act. arbitr., denn deren nächsten und eigentlichen Gegenstand bildet auch gegenwärtig nur die Herausgabe[5]) der Sache zum Zwecke der Ausübung des Verkaufsrechts des Pfandgläubigers und seiner Befriedigung aus dem Erlöse. Erfolgt diese Herausgabe nicht, so erhält der Pfandgläubiger nun nicht etwa die Wahl zwischen directer Erzwingung des Besitzes oder Eintreibung der Schuldsumme (per judicem), da vielmehr, umgekehrt die Restitution der Sache an den Gläubiger oder Leistung der an dem „quanti debet" eine Schranke findenden Litisaestimatio in der Wahl des Pfandschuldners steht, sondern es kann der erstere das correcte Petitum nur darauf richten, der Richter möge die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkaufsverfahren anordnen und den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheilen[6]).

---

keit entziehen Wäre ferner die Verbindung beider eine definitive und ununterbrochene, wie Leist a. a. O. ebenfalls annimmt, dann müßte der Affectionswerth der Sache stets oder nie zur Berücksichtigung kommen.

[5]) l. 16 §. 4, l. 21 D. de pign. XX, 1. (Marcianus und Ulpian) — Puchta, Band §. 215; Puchta, ger. Klagen, §. 116; Windscheid, I. §. 235. 2.

[6]) So auch Dernburg, Pfandr. II. §. 219; Windscheid Band I. §. 235 not. 7: aber freilich nicht aus Rechtsgründen, sondern nur der Zweckmäßigkeit halber.

Ebenso darf der Richter auch h. z. T. den Conflict des Emphyteuta, des Superficiar, des durch Dolus oder Metus zur Abtretung seines Eigenthums Veranlaßten mit dem wirklichen Eigenthümer nur nach der Alternative: Restitue aut solve (quanti ea res erit) reguliren, dem Eigenthümer wohl eine die Condemnation abschneidende facultative Verpflichtung zur Naturalrestitution seiner res an den Emphyteuta auferlegen, im Falle der Nichtrestitution aber niemals in erster Linie einen directen Zwang gegen ihn anordnen, auch niemals den Emphyteuta oder Superficiar zum Jusjur in litem zulassen.

Modalitäten, welche nicht das arbiträre Princip, sondern nur das Verfahren bei dieser Klagenart betreffen, ergeben sich nach dem heutigen Proceßrechte kaum in Bezug auf die jetzt vorzugsweise [7]) durch Sachverständige zu bewirkende Abschätzung der Sache; der ganze Unterschied zwischen heute und damals besteht nur in der durch veränderte persönliche und reale Bedingungen nothwendig gewordenen Erhebung der frühern Ausnahme zur heutigen Regel, indem auch der römische Judex, wenn ihm die erforderlichen Fachkenntnisse abgingen, Abschätzungen durch Sachverständige vornehmen ließ [8]).

---

[7]) Durandus in seinem Speculum juris, Frankf. 1592, Tit. de requisitione consilii, Tom II pag. 405 sagt: „si vero non sit aliquis assessor in causa, cum quo judex deliberare valeat, tunc secundum consuetudinem Italiae generalem eligantur concorditer a partibus sapientes, qui examinent acta judicii ut secundum eorum diotum judex pronuntiet. Quam consuetudinem reprobo". In Uebereinstimmnng hiermit behauptet Carpzov, Responsa, lib. III. resp. 84 nr 4. in Bezug auf Schriftvergleichung, dieselbe könne auch von dem Richter allein vorgenommen werden. Und weshalb nicht? Das Amt eines Schreibverständigen setzt sicher nicht eine eigene Kunst oder Wissenschaft, sondern nur besondere Erfahrung voraus. Wer aber hat wohl mehr Gelegenheit und Veranlassung, die Identität oder Verschiedenheit der Schriftzüge zu prüfen, als der judex pedaneus?

[8]) vgl. insbes. l. 1. §. 1. Cod. de sec. nupt. V, 9:

„justis pretiis aestimatione habita per eos, quos utraque pars ele-
„gerit, arbitros judicaturos."

wo „arbitros" nur von außergerichtlichen Schätzern zu verstehen sein dürfte. (Seeger, das Verfahren mit Sachverst. 1812. §. 6. S. 25). — Die frühere regelmäßige Abschätzung durch den judex erklärt sich am einfachsten wohl daraus, daß der Magistrat in Fällen, wo besondere Fachkenntnisse nöthig waren, einen damit ausgerüsteten Mann, der oftmals nicht zugleich Rechtsgelehrter war, als judex pedaneus bestellte. Seeger, a. a. O. §. 39. S. 28., vgl. übrigens zu jener Auffassung von „arbitros" noch l. 5 §. 25 D. de agnosc. et alend. lib. XXI, 3 Ulpian).

Der einzige doch (ebenfalls) das Wesen der Sache nicht alterirende Unterschied liegt in dem heutigen Wegfall der (eventuellen) doppelten Entscheidung des Judex, der Pronuntiatio, rem esse restituendam und der Condemnatio, quanti ea res erit, indem beide h. z. T. als alternative Gegenstände des nämlichen richterlichen Urtheils sich darstellen[9]; welchem sich bei Renitenz des Beklagten die Execution in der Weise anschließt, daß nach erfolglosem Verstrich der nothwendigen richterlichen Restitutions- und Zahlungs-Frist zunächst die Litisaestimatio auf dem gewöhnlichen Wege der Pignoris capio eingezogen werden muß.

---

[9]) Beispielsweise dürfte das Urtheil bei einer actio de superficie dahin abzufassen sein: daß dem Kläger eine Superficies an dem Wohnhause des Beklagten zustehe, letzterer daher verbunden sei, binnen 14 Tagen dem Kläger die vacua possessio des lib. Wohnhauses zur Ausübung seines dinglichen Rechts zu prästiren, oder ihm zur Ablösung seines Rechts binnen gleicher Frist ein Geldaequivalent, welches auf den Betrag von Thlr. Sgr. Pf. festgestellt wird, zu gewähren.

Ex. JMC
11/30/09

Berichtigungen.

Zu Seite 8:

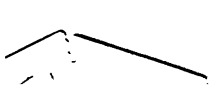
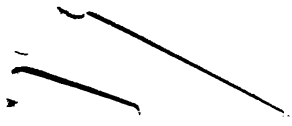
Zeile 7: Statt: „aber nicht zugleich" lies: „aber nicht ausdrücklich"

Zeile 9: nach: „daher" wird eingeschaltet: „bei stricter Befolgung der Formel."

Druck von Ernst Sorge in Arnstadt.

Früher erſchien von demſelben Verfaſſer bei **J. Kühtmann's Buchhandlung in Bremen:**

Die Publicianiſche Klage und die Mancipation.

Ein römiſch-rechtliche Abhandlung. — Preis: 20 Sgr.

Druck von Ernſt Sorge in Arnſtadt.